

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CONVERSION
DE LA
Séparation de Corps
EN DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le lundi 10 février 1908, à 2 heures du soir

PAR

Alphonse PRELLE

LYON

A. STORCK & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

8, Rue de la Méditerranée, 8

1908

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. 🌿, Doyen, professeur de droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ❄, I. 🌿, professeur honoraire.

GARRAUD, I. , professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles) I. , professeur de Droit romain.

FLURER, I. , professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

THALLER, *, I. , professeur honoraire.

AUDIBERT, I. professeur honoraire.

COHENDEY, O. ✱, I. 🌿, professeur de droit commercial.

PIC P., I. , professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. , professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. , professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. , professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMBEIRE, A, , professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, A. , professeur de Droit civil.

BROUILHET, A. , professeur d'Economie politique.

HUVELIN A. , professeur de Droit romain.

LÉVY, A. , professeur de Procédure civile.

CONNARD, A. , professeur d'Histoire des Doctrines Économiques et d'Économie politique.

BECQ (J.), I. , secrétaire.

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. CAILLEMER, professeur.

Suffragants : { MM. CHARLES APPLETON, professeur,
 { JOSSERAND, professeur.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CONVERSION
DE LA
Séparation de Corps
EN DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le lundi 10 février 1908, à 2 heures du soir

PAR

Alphonse PRELLE



LYON

A. STORCK & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

8, Rue de la Méditerranée, 8

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	V
TEXTES	VII
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

Du principe de la conversion de la séparation de corps en divorce.

CHAPITRE UNIQUE	7
---------------------------	---

SECONDE PARTIE

Différentes modalités de l'institution.

CHAPITRE PREMIER. — Système du Code civil	21
CHAPITRE II. — Système de l'amendement de M. Denormandie	33
CHAPITRE III. — Système de la loi du 27 juillet 1884.	37
<i>Section Première</i> : Historique	40
<i>Section Deuxième</i> : Du pouvoir d'appréciation des tribu- naux	43
§ 1. Du fondement du pouvoir d'appréciation des tribunaux d'après les travaux préparatoires.	44
§ 2. Analyse de la jurisprudence	51
§ 3. Le pouvoir d'appréciation des tribunaux et la doctrine.	68
§ 4. Examen critique du pouvoir d'appréciation des tribunaux.	76

CHAPITRE IV. — Système de la proposition de loi adoptée par la	
Chambre des députés le 24 janvier 1907	82
Section Première : Historique	82
Section Deuxième : Examen critique des travaux prépara-	
toires :	84
1° Rapport de M. Viollette	84
2° Les débats à la Chambre	89
Section Troisième : Examen critique de la conversion	
obligatoire	99
CHAPITRE V. — Système de la proposition de loi adoptée par le	
Sénat le 23 novembre 1896	109
Section Première : Analyse des travaux préparatoires . .	109
Section Deuxième : Examen critique de ce système. . . .	114
Appendice : Droit comparé	119
Conclusion.	123

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages généraux

Fenet (P. A.). — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome IX, Paris, 1827, in-8°.

Huc (Théophile). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil* tome II, Paris, F. Pichon, 1892, in-8°, p. 473-494.

Baudry-Lacantinerie (G.). — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2^e édition, tome III, Paris, Larose, 1902, in-8°, p. 220-240.

Roguin (Ernest). — *Traité de droit civil comparé. Le Mariage*, Paris, F. Pichon, 1904, in-8°, p. 338-343.

II. — Ouvrages spéciaux.

Salomon (Michel). — *De la conversion de la séparation de corps en divorce, en droit français*, thèse pour le doctorat, (Faculté de droit de Paris, 1886.)

Morael (Gaston-Lucien-Marie). — *De la conversion de la séparation de corps en divorce*, thèse de droit français pour le doctorat (Faculté de droit de Paris, 1888.)

Coulon (Henri). — *Le divorce et la séparation de corps*, tome II, Paris, Marchal et Billard, 1890, in-8°, p. 466 et s.

Mollet (Édouard). — *De la conversion de la séparation de corps en divorce*, thèse de droit français pour le doctorat, (Faculté de droit de Paris, 1892.)

- Bousquet-Pontié (Marcel).** — *De la conversion de la séparation de corps en divorce*, thèse pour le doctorat, (Faculté de droit de Toulouse, 1903.)
- Coulon (Henri).** — *La conversion de la séparation de corps en divorce*, Paris, Marchal et Billard, 1906, in-8°.

III. — Notes et revues.

- Labbé.** — Note sous arrêt Cass, civ., 12 août 1885, in S. 1886.1.193.
- Saint-Marc.** — *De la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce*, in *Revue critique*, 1885, p. 120-134 ; p. 227-239.
- Massigli (Ch.).** — *Conversion de séparation de corps en divorce. Pouvoir des tribunaux*, in *Revue critique*, 1886, p. 214-221.
- Planiol (Marcel).** — *Pour quels motifs les tribunaux peuvent-ils refuser la conversion d'une séparation de corps en divorce, quand elle est demandée par l'époux coupable ?* in *Revue critique*, 1887, p. 713-715.
- Hitier (J.).** — *Observations relatives à la proposition de loi rendant la conversion de la séparation de corps en divorce obligatoire pour les tribunaux*, in *Revue générale du droit*, 1893, p. 41-51.
- Bulletin de la Société d'Études Législatives*, 1906, (question n° 12 : rapport sur la question de l'extension des causes du divorce, présenté par M. Tissier, p. 139-141.)

IV. — Ouvrages encyclopédiques.

- Carpentier (A.) et Frérejouan du Saint (G.).** — *Répertoire du droit français*, tome XXVII, Paris, Larose, 1899, in-4°, V° Divorce et séparation de corps. Chapitre VI, n° 4.200-4.548.
- Pandectes françaises, répertoire*, tome LI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1904, V° Séparation de corps, chapitre IV, section 2, n° 837-1.068.

TEXTES

Code Civil.

Art. 310 : « Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation ».

Amendement de M. Denormandie.

Art. 310 : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par celui des époux qui avait obtenu la séparation... »

Loi du 27 juillet 1884.

Art. 310 : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux. . . . »

Proposition de la loi votée par la Chambre des députés
le 24 janvier 1907.

Art. 310 : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux. Le tribunal déclarera, en conséquence, que le jugement de séparation vaut comme jugement de divorce. . . . »

Proposition de loi votée par le Sénat
le 23 novembre 1896.

L'article 310 [rédaction de la loi de 1884] est ainsi complété : « La conversion sera de droit si elle est demandée par l'époux qui a obtenu la séparation. »

INTRODUCTION

Au cours de ces dernières années, la famille et plus particulièrement le mariage ont été l'objet de controverses très vives; des réformes ont été préconisées et combattues avec une ardeur égale; mais il semble bien que la période de discussion théorique soit terminée et que ces réformes soient entrées dans le domaine législatif. Le 24 janvier 1907, la Chambre des députés adoptait une proposition de loi modifiant l'article 310 et substituant à la conversion facultative pour le tribunal de la séparation de corps en divorce, la conversion obligatoire. Une loi du 12 juin 1907 modifiait certaines dispositions relatives au mariage, enfin une loi du 2 juillet organisait la protection et la tutelle des enfants naturels, et récemment encore le législateur autorisait sous certaines réserves la légitimation des enfants adultérins. Et ces réformes ne feraient qu'amorcer des innovations législatives plus importantes; ne parle-t-on pas, en effet, de rétablir le divorce par consentement mutuel et d'introduire le divorce par la volonté d'un seul des époux?

Nous nous sommes proposé d'étudier la conversion de la séparation de corps en divorce; sans doute le terrain de nos recherches a déjà été défriché et fouillé, mais il nous a paru de quelque utilité de présenter, sous une forme or-

donnée, des notions jusqu'à présent un peu dispersées, de réformer des jugements que le temps a rendus inexacts; la question y gagnera en clarté, et nous aurons occasion de rectifier une terminologie souvent impropre. « Qu'on ne dise pas que je n'ai rien dit de nouveau; la disposition des matières est nouvelle. »

Notre intention n'a point été de faire un traité sur la conversion de la séparation de corps en divorce. Nous avons écarté de notre étude toute une série de questions qui ont un intérêt pratique certain, mais qui trouvent une solution facile dans la simple application des principes généraux; ce sont: la détermination des personnes qui, au nom des époux, peuvent demander la conversion; la capacité requise pour intenter cette action; l'examen des conditions exigées pour la conversion (1); les effets du jugement de conversion (2).

Nous avons également éliminé toutes les questions de procédure; elles ont donné lieu à des travaux antérieurs

(1) Les auteurs énumèrent en général deux conditions : l'existence d'une séparation antérieure, l'expiration d'un certain délai. Or, la nécessité d'une séparation antérieure nous semble être mieux qu'une simple condition, c'est une des données de l'hypothèse prévue, et d'ailleurs il n'y a presque rien à en dire; quant à la question de délai, elle présente un intérêt tout à fait secondaire.

(2) Ils découlent tous de ce principe: par la conversion, le divorce *avec tous ses effets* est substitué à la séparation de corps, mais il reste prononcé *au profit de celui qui a obtenu la séparation*; applications: pour les frais de l'instance en conversion, pour les déchéances qui frappent l'époux contre lequel le divorce est prononcé, etc.

très complets (1), de plus, la plupart des controverses qu'elles ont soulevées ont reçu en jurisprudence une solution définitive ou sont encore l'objet de divergences profondes parce qu'il n'existe pas de motif suffisant pour faire prévaloir une solution à l'encontre d'une autre (2).

L'article 310 indique les grandes lignes de la procédure de la conversion; sur les points de détail qu'il n'a pas prévus, le principe qui permettra d'en combler les lacunes est qu'il faut appliquer les règles de la procédure du divorce, sous réserve de certaines modifications dérivant de l'existence d'une séparation de corps antérieure.

Nos recherches porteront sur les deux points suivants qui constituent, à notre avis, l'originalité de la conversion :

1° Auquel des deux époux donnera-t-on le droit de demander la conversion ?

2° Quel sera le rôle du tribunal sur le fond de la demande en conversion ?

En d'autres termes, le droit à la conversion appartiendra-t-il privativement à l'époux qui était défendeur à l'action en séparation ou à l'époux demandeur, ou bien ce droit sera-t-il accordé cumulativement à l'un et à l'autre ?

(1) Morael, *De la conversion de la séparation de corps en divorce*. Faculté de droit de Paris, thèse pour le doctorat, 1888, p. 141-244.

(2) C'est ainsi qu'il existe des opinions contradictoires sur le point de savoir si le tribunal saisi de la demande en conversion peut statuer sur la garde des enfants. A notre avis, il importe peu que cette question soit tranchée par le tribunal devant lequel est portée l'instance en conversion ou par le tribunal qui a connu de l'action en séparation, et nous avouons ne pas saisir l'intérêt théorique de la controverse.

Et d'autre part la conversion sera-t-elle facultative ou obligatoire pour le tribunal?

Ces deux points sont bien les points essentiels, puisque c'est sur eux qu'ont porté les transformations successives de l'institution et que se concentre l'effort législatif actuel.

Le moment paraît opportun pour une étude de cette nature : toutes les conceptions théoriques de cette institution, après des discussions approfondies en doctrine et au Parlement ont trouvé leur formule dans un texte législatif. Il est donc plus facile et plus sûr de dégager pour les différentes modalités de l'institution les arguments favorables et les objections.

Voici maintenant la manière dont nous avons conçu le sujet : nous pouvions présenter cette étude comme une étude de droit positif ; nous aurions examiné l'institution de la conversion de la séparation de corps en divorce telle qu'elle a été organisée par le législateur de 1884 dans l'article 310 qui nous régit, après avoir brièvement esquissé l'historique de cette institution.

Nous avons préféré suivre une méthode toute différente pour des raisons tenant, soit à la nature du sujet, soit aux circonstances dans lesquelles cette thèse a été élaborée et soutenue.

Cette étude est, dans notre pensée, une étude de législation ; nous exposerons les différents systèmes de cette institution, et, ce faisant, nous en aurons retracé l'histoire, puisque tous ces systèmes ont été sanctionnés par le droit positif ou formulés dans des propositions de loi et des

INTRODUCTION

amendements; de plus, étant donné le vote récent de la Chambre, faire de l'article 310, tel qu'il est présentement rédigé, le pivot de notre étude, c'était donner une ampleur démesurée à des controverses qui, demain peut-être, ne présenteront plus qu'un intérêt rétrospectif; au contraire, considérer cet article 310 comme consacrant une des nombreuses modalités de l'institution et le placer au même rang que la proposition de loi récemment votée, c'était, en en faisant l'objet d'un chapitre de notre thèse, en ramener l'étude à de justes proportions.

Cette thèse peut donc présenter un intérêt indépendant du débat qui s'engagera au Sénat à une date qu'il est difficile de prévoir. En examinant toutes les modalités dont est susceptible en législation l'institution de la conversion, nous aurons nécessairement étudié par avance le système qu'adoptera la Haute Assemblée (1).

(1) D'aucuns, mal avertis, seraient peut-être tentés de nous reprocher d'avoir écrit cette étude sans attendre la décision du Sénat; nous leur répondrons par l'historique de la proposition qui vient d'être votée par la Chambre : elle a pour origine une proposition de M. Naquet déposée en 1886 et repoussée par le Sénat; à la Chambre, M. Saint-Martin avait présenté cette même année (1886) une proposition semblable, mais elle ne fut même pas discutée; reprise en 1893 par M. Jullien et adoptée par la Chambre, elle fut repoussée en 1896 par la Haute Assemblée; après vingt ans de discussion, les deux Assemblées n'ont pu s'entendre sur un texte définitif; pourquoi cette opposition prendrait-elle nécessairement fin aujourd'hui? Et si, en 1886, on s'était incliné devant l'objection qui nous est opposée, depuis vingt ans, toute étude sur l'article 310 eût été arrêtée. La date à laquelle le Sénat délibérera sur la proposition qui lui a été transmise est incertaine; de plus, sa décision est sans intérêt pour notre étude.

Voici donc quelles seront les grandes divisions de notre étude :

Première partie. — Du principe de la conversion de la séparation de corps en divorce.

Seconde partie. — Différentes modalités de l'institution :

1° Système du Code civil;

2° Système de l'amendement de M. Denormandie;

3° Système de la loi du 27 juillet 1884;

4° Système de la proposition de loi votée par la Chambre le 24 janvier 1907.

5° Système de la proposition de loi adoptée par le Sénat en 1896.

Appendice. — Droit comparé.

Conclusion. — Des rapports de la conversion de la séparation de corps en divorce avec la théorie de l'élargissement du divorce.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

DU PRINCIPE DE LA CONVERSION DE LA SÉPARATION DE CORPS EN DIVORCE.

La conversion de la séparation de corps en divorce est une institution juridique qui ne remonte pas à plus d'un siècle; elle suppose en effet la coexistence dans une législation de la séparation de corps et du divorce; or, c'est en 1804 seulement que ces deux institutions ont été admises d'une façon concomitante: l'Ancien Droit ne connaissait pas le divorce et la législation de la période intermédiaire l'admettait seul. Organisée en 1804 la conversion de la séparation de corps en divorce devait partager la fortune du divorce, elle disparut avec lui en 1816 pour être, comme lui, rétablie, avec d'importantes modifications, en 1884.

Nous avons l'intention de montrer ici, dans une esquisse rapide, le caractère original et exorbitant de cette institution. Elle a été fréquemment attaquée en doctrine (1) et

(1) Baudry-Lacantinerie, Morael.

on conçoit une législation qui en rejetterait le principe tout en admettant la séparation et le divorce. Elle encourt en effet deux reproches : elle est inutile dans certains cas et souvent inacceptable dans ses résultats. C'est en nous plaçant successivement au point de vue du demandeur à l'action en séparation et à celui du défendeur, que nous examinerons la légitimité de la conversion (1).

I. — Rejeter la conversion ce ne serait pas nécessairement refuser au demandeur (2) le droit d'intenter une action en divorce fondée sur les mêmes faits que son action primitive en séparation (3).

(1) Nous aurions pu placer les considérations qui vont suivre dans les chapitres qui formeront la seconde partie de cette étude sur les modalités de la conversion ; nous aurions ainsi évité des redites, mais nous avons cru utile de présenter en bloc toutes les objections d'ordre purement juridique que soulève cette institution ; nous croyons que le lecteur aura ainsi une impression plus exacte de sa physionomie juridique. D'autre part nous étudierons ici certaines questions très délicates qui entraveraient la marche des développements ultérieurs.

(2) Au cours de cette étude, les mots : *demandeur* et *défendeur* employés seuls, désigneront toujours le demandeur et le défendeur à l'action en séparation, et non à l'instance en conversion.

(3) Nous croyons utile d'insister sur cette idée que la conversion est une institution qui permet de substituer le divorce à la séparation de corps *en raison des faits qui ont motivé la séparation*. Il ne faut donc pas confondre le cas où il s'agit d'une conversion de la séparation de corps en divorce et celui d'un divorce prononcé postérieurement à la séparation en raison de *faits nouveaux* se produisant après la séparation de corps : la séparation laisse subsister le mariage avec ses principales obligations, dès lors le demandeur qui aurait des griefs postérieurs à la séparation à faire valoir contre son conjoint serait bien fondé à intenter une action en divorce, en suivant la procédure de droit commun ; réciproquement si le demandeur manquait

Cette idée n'est cependant pas incontestée; cette prétention du demandeur serait contraire à certain principe juridique d'après lequel: deux voies s'ouvrant originairement à une personne, sa préférence pour l'une d'elles lui fermerait irrévocablement l'autre et son option entraînerait pour elle déchéance du choix que la loi lui offrait; principe souvent formulé dans cet adage *electa una via, recursus non*

à ses devoirs, le défendeur pourrait intenter une action en divorce recevable dans les conditions de droit commun; dans ces deux cas, il ne s'agit pas de conversion. La jurisprudence n'a pas toujours établi très nettement cette distinction: ainsi au lendemain de la loi de 1884 certains tribunaux avaient exigé que le défendeur qui demande la conversion prouve que le demandeur s'était rendu coupable à son égard, depuis la séparation, de faits que la loi considère comme causes de divorce (Voir dans le répertoire de Fuzier-Herman, V^o *divorce et séparation de corps*, n^o 4.377, la liste des décisions rendues en ce sens, notamment: Trib. Seine, 31 décembre 1884 (*Gaz. pal.*, 1885, I, 164); 21 novembre 1886 (*Gaz. pal.*, 1886, I, 290); 12 décembre 1886 (*Gaz. trib.*, 13 décembre 1886); Cass., 29 mars 1886 (*Gaz. trib.*, 31 mars 1886). Mais la jurisprudence est revenue à des idées plus exactes: Cf. Trib. Nantes, 22 février 1888. (La Loi 12-13 mars 1888). Trib. Charolles 15 mars 1891 (La Loi 6 janvier 1894). L'existence de faits nouveaux n'est donc pas exigée pour la recevabilité de l'action en conversion, intentée par le demandeur ou par le défendeur; cependant s'il y a des faits nouveaux classés comme causes de divorce, leur examen permettra aux juges d'apprécier l'opportunité de la conversion, ils constitueront pour les magistrats un élément d'appréciation; c'est aussi l'opinion de M. Labbé (note sous Cass. S. 1886, 1, 193) qui écrivait: « Mais tant que la conduite des époux après la séparation est invoquée comme un moyen pour les juges d'exercer, en connaissance de cause, la faculté qu'ils ont de convertir ou de ne pas convertir la séparation en divorce, c'est une suite naturelle de l'instance en conversion, valablement contenue dans la procédure simplifiée qui suffit à la conversion... La conduite postérieure, l'attitude actuelle des époux doit certes, en raison, avoir une grande influence sur la rupture du lien matrimonial ou le maintien de la séparation d'habitation ».

revertitur ad alteram (1). Cette objection ne nous paraît pas péremptoire; tout d'abord ce principe n'est, à notre connaissance, formulé dans aucun texte en des termes aussi généraux, il peut donc céder devant d'autres considérations; de plus, si des habitudes de penser qui s'expliquent aisément, nous portent à voir dans la séparation de corps un succédané du divorce à l'usage des partisans de l'indissolubilité du mariage, il existe incontestablement, au point de vue juridique, des divergences profondes entre ces deux institutions quant à leur but et à leur résultat: la séparation de corps relâche seulement le lien matrimonial, le divorce le dissout. La séparation de corps et le divorce sont donc deux institutions distinctes et ainsi entre l'action en séparation et l'action en divorce il y a mieux qu'une simple différence de procédure, de forme, il y a une différence de fond, de résultat, et invoquer en cette matière le principe précité c'est commettre une erreur, car ce principe vise le cas où l'option existe entre deux voies de procédure aboutissant au même résultat, ce qui n'est point notre hypothèse.

Cette objection écartée, nous n'hésitons pas à affirmer qu'il n'était point besoin d'un texte spécial pour permettre au demandeur d'intenter une action en divorce; il aurait pu le faire sans se heurter à l'exception de chose jugée, car si l'action a lieu entre les mêmes parties, pour la même

(1) Morael, *Op. cit.*, p. 11. Cet auteur insiste sur ce point pour critiquer la conversion.

cause, elle n'a pas le même objet: par l'action en séparation le demandeur poursuivait le relâchement du lien matrimonial, avec l'action en divorce il tend à sa rupture.

Cependant ces solutions ne sont pas admises par tous les auteurs. M. Saint-Marc (1) estime que l'option faite par le demandeur pour l'action en séparation donne au défendeur un droit acquis à la séparation, résultant d'un quasi-contrat judiciaire. M. Baudry-Lacantinerie fait très justement observer, à l'encontre de cette opinion, « qu'une renonciation ne se suppose pas: on lui [au demandeur en séparation] ferait subir ainsi une véritable déchéance et un texte de loi paraîtrait nécessaire pour cela (2). » Nous ajouterons qu'il nous paraît erroné de voir dans l'option exercée par le demandeur en faveur de la séparation un renonciation implicite au droit de demander ultérieurement le divorce, résultant d'un contrat ou d'un quasi-contrat judiciaire, car le divorce, comme la séparation de corps, intéresse l'état des personnes qui est hors du commerce, et les parties ne peuvent à leur gré le modifier et en disposer par conventions.

D'autres auteurs contestent la possibilité d'une action en divorce succédant à une action en séparation pour les mêmes faits, en invoquant l'exception de chose jugée. M. Laurent déclare que « si la séparation de corps a été

(1) Saint-Marc, *De la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce*, in *Revue critique*, 1885, p. 124.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2^e édition, tome III, Paris, Larose, 1902, in-8°, p. 225.

demandée et prononcée, l'époux demandeur ne peut plus revenir sur ce qui a été jugé.....; dans ce cas il y a une décision irrévocable. » (1).

M. Labiche, au cours de la discussion qui eut lieu au Sénat en 1884, rejetait aussi, implicitement, la solution que nous présentons comme conforme aux principes de notre droit lorsqu'il disait : « On peut admettre également que ce système [celui de la commission] est préférable dans l'intérêt du demandeur lui-même, parce que, comme je l'expliquais tout à l'heure, il serait cruel de le frapper d'une *déchéance absolue*, parce qu'ayant quelque espoir, qui est quelquefois justifié du retour au bien de l'époux coupable, il a voulu laisser une porte ouverte au repentir, au pardon, à la réconciliation (2) ».

La doctrine est donc très divisée; quant à nous, nous persistons à penser que la conversion de la séparation de corps en divorce est une institution sans utilité pour le deman-

(1) Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, tome II, p. 59, art. 260.

(2) *J. off.*, 1888. Débats parlem., Sénat, p. 1033, c. 1. Le sens de ces paroles éclairé par le contexte n'est pas douteux; pour M. Labiche le demandeur à l'action en séparation n'aurait pu pour les mêmes faits intenter postérieurement une action en divorce; le seul fait d'avoir choisi la séparation le frapperait d'une *déchéance absolue* quant à la possibilité d'intenter ultérieurement une action en divorce. Cette opinion nous semble d'ailleurs en contradiction avec une autre affirmation du même auteur; à la séance du 24 juin 1884, il soutenait que, *même après l'introduction du nouvel article 310*, le demandeur aurait encore la faculté d'intenter à raison des faits anciens, une action en divorce, avant l'expiration du délai de trois ans, en suivant la procédure de droit commun.

deur qui, sans elle, et par la simple application des principes généraux, pouvait subséquemment agir en divorce; au surplus cette opinion semble bien avoir été celle des rédacteurs du Code civil (1). Il convient sans doute de remarquer que, puisque nous n'accordons aucune autorité de chose jugée au jugement de séparation à l'égard de la nouvelle demande en divorce, le demandeur qui a triomphé dans l'action en séparation pourrait succomber dans son instance en divorce et que réciproquement il pourrait obtenir le divorce après avoir échoué dans sa demande en séparation; ces résultats ont pu paraître choquants en présence de la similitude légale des causes de séparation et de divorce (2), mais deux observations atténuent, nous semble-t-il, la gravité des objections que soulève cette solution; d'une part notre théorie est la conséquence logique d'une exacte application des principes juridiques; d'autre part ces contradictions que l'on considère comme fâcheuses, ne pourraient exister que si le divorce et la séparation avaient été fondés sur des excès, des sévices ou des injures graves, faits qui peuvent être diversement appréciés par les juges, mais elles ne seraient plus à

(1) C'est ce qui résulte d'une observation faite par M. Réal, lors de la discussion des travaux préparatoires (Fenet P. A., *Récueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome IX, Paris, 1827, in-8°, p. 431).

(2) Certains auteurs ont déclaré en effet que cette théorie conduisait à des résultats inadmissibles: Saint-Marc, *Op. cit.*, p. 134; Salomon (M.), *De la conversion de la séparation de corps en divorce en droit français*. Thèse pour le doctorat (Faculté de droit de Paris, 1886), p. 155 et 156.

craindre si la cause de séparation et de divorce invoquée a été l'adultère de l'un des conjoints ou sa condamnation à une peine afflictive et infamante, faits précis, nettement déterminés, dont la vérification ne doit donner lieu à aucune divergence d'appréciation.

Nous ajouterons que cette faveur superflue du législateur se retourne aujourd'hui contre son bénéficiaire; à notre avis, en effet, il n'est plus loisible au demandeur d'intenter, pour les mêmes faits, une action en divorce, en dehors des conditions prévues par le texte qui organise la conversion et notamment avant l'expiration du délai minimum de trois années si nous nous en référons à l'article 310 tel qu'il est actuellement rédigé. En organisant une procédure spéciale pour permettre au demandeur de substituer le divorce à la séparation le législateur lui a implicitement fermé la voie de droit commun (1).

(1) Nous avons déjà cité (p. 12, n° 2) que M. Labiche ne partageait pas cet avis: « Selon moi, disait-il, la faculté d'invoquer après trois ans, la procédure de faveur de la conversion n'est jamais un obstacle à ce qu'on use *avant ou après les trois ans* de la procédure de droit commun pour demander le divorce, soit qu'il y ait des faits nouveaux à invoquer, *soit qu'on s'appuie seulement sur des faits anciens*, car ces faits anciens n'ont jamais été appréciés au regard d'une demande de divorce puisqu'il n'y a jamais eu qu'une demande en séparation ». (*J. off.*, 1884, Débats parlem., Sénat, p. 1192, c. 2). Cette opinion est d'ailleurs personnelle à M. Labiche, rien ne prouve que le Sénat l'ait admise.

M. Baudry-Lacantinerie (*Op. cit.*, tome III, p. 240) partage cette opinion: il estime qu'il peut y avoir une demande en divorce fondée sur les mêmes faits parce que l'objet de la demande est différent, mais en note l'auteur reconnaît que sa solution soulève de « très graves objections » et que la jurisprudence y est

II. — Du point de vue du défendeur, cette institution est encore beaucoup plus illogique et antijuridique (1) : en effet, de deux choses l'une, ou bien lors de la demande en séparation, le défendeur avait des griefs à invoquer contre son conjoint ou il n'avait rien à lui reprocher ; dans le premier cas, il pouvait former une demande reconventionnelle en divorce, ou, la séparation prononcée, une action principale en divorce, sans se heurter à aucune fin de non-recevoir ; dans le second cas, l'institution de la conversion aboutit à un résultat antijuridique : en effet, l'époux coupable obtiendra ainsi, par le jeu de la conversion, le divorce qu'il n'aurait pu obtenir, d'après le droit commun, puisque par hypothèse, il a seul tous les torts ; et il en sera ainsi parce que son conjoint a usé d'un droit qui lui est expressément accordé par la loi.

Sous quelque angle que nous considérions cette institution de la conversion, elle soulève de graves objections juridiques, et l'on s'étonnerait qu'elle ait pu prendre place dans notre législation, où elle constitue une véritable

contraire : *Cf.* en effet Trib. Seine, 17 mai 1886 (*Gaz. pal.*, 1886, I, 834) ; Paris, 22 juillet 1886 (*Gaz. pal.*, 1886, II, 509) ; Douai, 4 décembre 1888 (*Gaz. pal.*, 1889, I, 519). Cependant en sens contraire, Montpellier (première chambre) 8 juillet 1907 (*Mon. Midi*, 14 juillet 1907).

M. de Marcère dans son rapport supplémentaire sur la proposition de loi de M. Naquet (*J. off.*, 1882, Documents parlem., n° 879, p. 1453, c. 3 et 1454, c. 1) semble se rallier implicitement à notre solution.

(1) Nous ne faisons valoir ici que les objections d'ordre juridique, nous apprécierons cette institution au point de vue moral, dans la seconde partie de cette étude.

anomalie juridique, si l'histoire ne venait nous fournir l'explication d'un fait qui, en dehors d'elle, resterait étrange.

L'institution de la conversion de la séparation de corps en divorce est née, en 1804, de cette idée que la séparation de corps créait une situation intolérable (1), et que le conjoint innocent ne pouvait avoir la prétention de l'imposer à son conjoint même coupable; cette idée explique toutes les dispositions du système organisé par le Code civil: si le demandeur ne jouit pas du droit à la conversion c'est qu'il a pu choisir entre la séparation et le divorce, et s'il a opté pour la séparation, c'est en connaissance de cause; mais la situation du défendeur est bien différente: le défendeur n'a pu que subir la séparation, puisqu'il avait tous les torts, et il fallait une institution spéciale pour lui permettre de sortir de cette condition juridique. C'est une raison de sentiment qui a guidé le législateur de 1804 et elle devait prévaloir contre toutes les objections d'ordre juridique; elle tirait sa force de la législation antérieure qui avait marqué un relâchement excessif des liens de famille, et d'où était bannie toute idée de contrainte (2); les rédacteurs du Code

(1) Les rédacteurs du Code se plaisaient à présenter la séparation de corps comme un état hybride, tenant, à la fois, du mariage et du célibat, et n'en présentant que les inconvénients.

(2) Non seulement dans le droit intermédiaire les causes déterminées de divorce avaient été multipliées: absence, folie....., mais encore on avait organisé le divorce par consentement mutuel, et le divorce pour incompatibilité d'humeur c'est-à-dire par la volonté d'un seul des époux.

pensaient avoir opéré des réformes très réactionnaires, en restreignant les causes de divorce, en organisant la séparation de corps, avec d'ailleurs d'importantes restrictions, ils ne croyaient pas pouvoir faire plus sans heurter les sentiments de l'opinion publique.

Il convient en outre de remarquer qu'en 1804, le droit d'agir en conversion n'était accordé qu'au défendeur, et sous certaines réserves; en 1884 seulement ces restrictions furent supprimées et le droit à la conversion donné au demandeur. Désormais la femme adultère pouvait bénéficier de la conversion et l'action du défendeur ne pouvait être paralysée par le consentement du demandeur à reprendre la vie commune. On élargissait ainsi le champ d'application de l'innovation réalisée en 1804 et cette extension aggravait le caractère exorbitant de cette institution (1).

On voit donc que les différentes objections qui militent

(1) La faculté accordée au demandeur d'agir en conversion n'a pas soulevé, en 1884, les discussions dont elle paraîtrait susceptible; dans son premier rapport (*J. off.*, ann. 1882, Documents parlam., annexe n° 601, p. 808), M. de Marcère constate, bien plutôt qu'il ne justifie l'innovation, intéressante cependant au point de vue juridique, réalisée par la proposition de M. Naquet. Les débats qui eurent lieu à la Chambre offrent la même discrétion (Prem. délibération, *J. off.*, 9 mai 1882, Débats parlam., Chambre, p. 540, c. 2 et 3. Deuxième délibération, 18 juin 1882. Débats parlam., Chambre, p. 942, c. 1 et 2). Au Sénat, MM. Denormandie et Jules Simon présentèrent un amendement tendant à n'accorder qu'au demandeur la faculté d'agir en conversion: l'attention des membres de la Haute Assemblée se trouvait donc ainsi doublement attirée sur la nouveauté de la proposition (Première délibération: *J. off.*, 8 juin 1884. Débats parlam., Sénat, p. 1055 et 1056. Deuxième délibération: *J. off.*, 24-25 juin 1884.

contre cette institution de la conversion n'ont point pu être présentées à la fois, car elles résultent pour partie des modifications apportées par le législateur de 1884. C'est par suite d'une sorte de cristallisation que, les dérogations s'ajoutant aux dérogations, nous nous trouvons en présence d'une institution tout à fait exorbitante du droit commun, qui aurait eu peu de chance de passer dans notre législation, si elle avait, dès l'origine, revêtu la physionomie actuelle.

Débats parlem., Sénat, p. 1175 et s.; 1190 et s.) Il ne semble pas cependant qu'elle ait donné lieu à discussion bien vive et le rapporteur lui-même ne paraît pas en avoir saisi exactement le sens et la portée.

SECONDE PARTIE

Des différentes modalités de l'institution de la conversion de la séparation de corps en divorce

Nous avons détaché de l'ensemble des questions que soulève cette institution de la conversion de la séparation en divorce deux points sur lesquels seuls portera notre étude :

1° A laquelle des deux parties donnera-t-on le droit de demander la conversion ? Appartiendra-t-il privativement au demandeur ou au défendeur, ou cette faculté sera-t-elle accordée tout à la fois à l'un et à l'autre ?

2° Quel sera le rôle du tribunal ? La conversion sera-t-elle pour lui facultative ou obligatoire ?

Nous n'examinerons pas séparément ces deux questions, mais nous les étudierons d'une façon parallèle, pour éviter des redites et parce qu'elles ont entre elles des rapports très étroits ; nous exposerons donc les différentes lois et propositions adoptées par les Chambres, les amendements présentés, et leur examen critique nous permettra d'exposer et d'apprécier les différents systèmes concevables en légis-

lation sur l'un et l'autre de ces deux points. Le système du Code civil de 1804, celui de l'amendement présenté en 1884 par M. Denormandie, ceux des propositions adoptées par la Chambre le 24 janvier 1907 et par le Sénat en 1896 formeront donc autant de chapitres distincts.

CHAPITRE PREMIER

SYSTÈME DU CODE CIVIL

L'article 310 tel qu'il a été voté par le législateur de 1803 (1) est ainsi conçu : « Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation. »

Ce système est donc caractérisé par les deux traits suivants :

- 1° La faculté de demander la conversion n'est accordée qu'à l'époux défendeur avec certaines restrictions ;
- 2° La conversion est obligatoire pour le tribunal.

Il résulte de l'examen des travaux préparatoires que cette institution de la conversion de la séparation de corps

(1) On assigne à l'article 310 du Code civil tantôt la date de 1804, tantôt celle de 1803. En effet le titre VI du Code civil dont fait partie cet article a été décrété le 21 mars 1803 et promulgué le 31 mars 1803. Mais c'est seulement le 21 mars 1804 que les différentes lois composant le Code civil furent réunies en un seul code de 2.281 articles sous le nom de « Code civil des Français ».

en divorce n'a pas donné lieu aux discussions que l'on pourrait supposer; deux observations suffiront à expliquer ce fait qui peut surprendre. Tout d'abord, et nous rappelons ici des considérations antérieurement développées (1), la législation révolutionnaire avait relâché les liens de la famille et le législateur de 1804 n'aurait pu, sans heurter l'opinion, poser le principe de l'indissolubilité du mariage et en déduire toutes ses conséquences; d'ailleurs la plupart des rédacteurs du Code partageaient les sentiments de la masse et, à les en croire, « la perpétuité de la séparation serait contre l'intérêt de l'Etat (2) » et aussi contre l'intérêt des individus. Treilhard présentant au corps législatif l'innovation réalisée par l'article 310 disait: « En permettant le divorce, la loi laissera l'usage de la séparation; l'époux qui aura le droit de se plaindre pourra former à son choix l'une ou l'autre demande. Ainsi nulle gêne dans l'opinion, et toute liberté à cet égard est maintenue. Cependant il ne serait pas juste que l'époux qui a choisi comme plus conforme à sa croyance, la voie de la séparation, dût maintenir pour toujours l'autre époux, dont la croyance peut n'être pas la même, dans une interdiction absolue de contracter un second mariage. Cette liberté, que la Constitution garantit à tous, se trouverait violée dans la personne de l'un des époux, il a donc fallu autoriser celui-ci, après un certain intervalle, à demander que la séparation

(1) Cf. page 16.

(2) Fenet, *Op. cit.*, tome IX, p. 367.

soit convertie en divorce, si l'époux qui a fait prononcer cette séparation ne consent pas à la faire cesser ; et c'est ainsi que se trouveraient conciliés, autant qu'il est possible, deux intérêts également sacrés, la sûreté des époux d'un côté, et la liberté religieuse de l'autre (1) ».

Ainsi dans la pensée des rédacteurs du Code, la séparation de corps ne peut dans l'intérêt social comme dans l'intérêt privé, être regardée comme une situation définitive, et toute considération juridique ou autre doit s'effacer devant l'institution de la conversion comme devant une nécessité. D'ailleurs le législateur avait apporté au principe qu'il posait, certaines restrictions qui en tempéraient le caractère exorbitant. D'une part le défendeur se trouvait dans certains cas, privé de cette faveur légale : si la séparation a été prononcée pour cause d'adultère de la femme, celle-ci ne peut demander la conversion. La gravité de l'adultère et la rigueur du Premier Consul à l'égard des femmes expliquent le régime d'exception imposé à la femme adultère : c'est ce même état d'esprit que nous retrouvons dans ces paroles d'un des rédacteurs du Code, lors de la discussion sur la détermination des causes de divorce : « Il est aussi peu naturel d'accorder au mari le droit de se plaindre des sévices de sa femme, *qu'il serait contraire aux mœurs d'admettre la femme à prouver l'incontinence du mari*. Le mari, dans ce cas, s'accuserait de lâcheté, *la femme d'impudence* (2) ».

(1) Fenet, *Op. cit.*, tome IX, p. 476 et 477.

(2) Fenet, *Op. cit.*, tome IX, p. 365 ; cf. aussi p. 431 *in fine*.

De plus, aux termes de l'article 310 du Code civil, la demande en conversion faite par le défendeur ne sera admise par le tribunal que « si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation ». Quel est exactement le sens et la portée de cette disposition finale ? A lire les auteurs, l'idée d'une difficulté ne leur est jamais apparue ; ils donnent de ce texte des commentaires différents sans soupçonner une controverse possible. Au risque d'encourir le reproche de subtilité nous croyons que les auteurs n'ont point saisi toute la complexité de cette disposition légale.

Deux hypothèses sont possibles :

1° Le défendeur offre la reprise de la vie commune et demande subsidiairement et pour le cas où le demandeur n'y consentirait pas, la conversion de la séparation de corps en divorce.

2° Le défendeur demande purement et simplement la conversion, mais le demandeur qui veut paralyser la conversion offre spontanément de reprendre la vie commune.

La disposition finale de l'article 310 du Code civil prévoit-elle l'une ou l'autre de ces deux hypothèses, ou les comprend-elle toutes les deux ?

Entre ces deux hypothèses, il y a plus qu'une nuance, il existe entre elles une différence capitale : dans le premier cas, la reprise effective de la vie commune seule, empêchera la prononciation de la conversion, dans le deuxième cas, la simple offre de reprendre la vie commune, faite par

le demandeur et non acceptée par le défendeur, entraverait l'admission de la conversion.

On voit l'intérêt de la question.

Au premier examen, et en présence des termes insuffisamment explicatifs de l'article 310, il est difficile de se prononcer. Le mot *consentir* est en effet un terme qui peut prêter à confusion; sans doute, *stricto sensu*, il implique l'action d'adhérer à une offre, d'acquiescer à une demande, mais dans le langage courant, il indique aussi une manifestation spontanée de volonté, avec une nuance de bienveillante concession, consentir signifie alors tout simplement : *vouloir bien*.

Dans quel sens ce terme a-t-il été pris par le législateur de 1803, quand il écrivait : « l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, *ne consent* pas immédiatement à faire cesser la séparation » ? Suivant qu'on donnera la préférence à l'un ou à l'autre des deux sens définis, on se ralliera à l'une ou à l'autre des hypothèses précédemment prévues, encore qu'il soit permis d'englober dans ce terme très compréhensif l'un et l'autre tout à la fois.

Quant à nous, nous opterions pour le sens le plus rigoureux et le plus juridique, nous croyons qu'il n'y a consentement que s'il y a une offre préalable ; et dès lors, faisant application de cette opinion au texte qui nous occupe, nous déciderions que l'article 310 n'autorise pas le

demandeur à solliciter spontanément, *proprio motu*, la reprise de la vie commune.

Mais il reste à examiner le point de savoir si l'offre de reprendre la vie commune, qui, à notre avis, ne peut être prise en considération que si elle émane du défendeur, est pour lui facultative ou obligatoire?

Décide-t-on qu'elle est facultative, nous arrivons alors à des conséquences inadmissibles: le défendeur, avec cette solution, pourrait imposer le divorce à son conjoint innocent, sous prétexte que l'état de séparation lui est intolérable, alors que celui-ci lui offre précisément de le faire cesser, en lui proposant le pardon et la reprise de la vie commune.

Au contraire, il serait plus logique et plus moral de décider que la demande en conversion du défendeur, doit toujours et nécessairement être accompagnée d'une offre de reprendre la vie commune. Cette solution est tout à fait conforme aux intentions du législateur qui a institué la conversion, comme le dernier moyen donné à l'époux coupable de sortir de l'état de séparation; il faut lui préférer celui qui ne sacrifie pas les droits de l'époux innocent et qui doit donner satisfaction à l'époux coupable, c'est-à-dire la cessation de la séparation par la reprise de la vie commune. Cette solution est aussi plus morale que la précédente: il ne faut pas perdre de vue que la conversion constitue pour l'époux coupable une faveur qui lui est accordée au mépris des droits du conjoint innocent; dès lors si l'époux innocent veut bien oublier les torts de son conjoint

coupable, celui-ci aurait mauvaise grâce à rejeter ce pardon, et le législateur ne doit pas aider à son ressentiment injustifié, en lui accordant, quand même, la conversion.

Mais si grands que soient les avantages de cette solution, est-ce celle que le législateur a entendu consacrer dans l'article 310; résulte-t-il des termes de cette disposition que le défendeur doit toujours offrir la reprise de la vie commune, et ne peut demander que subsidiairement la conversion de la séparation en divorce? Cette solution ne ressort pas nettement, il faut le reconnaître, des expressions employées par le législateur; la concision a nui ici à la clarté du texte; cependant, les rédacteurs du Code semblent bien s'y être ralliés implicitement : en effet, l'article 310 décide que le tribunal admettra la conversion, « si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation. » Le refus du demandeur semble bien être la condition *sine qua non* de l'admission de la conversion et dès lors il est nécessaire de consulter le demandeur. Mais à vrai dire, cette solution est bien plutôt supposée que nettement exprimée par le législateur; l'article 310, en effet, aurait pu être ainsi rédigé : « l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire présent ou dûment appelé ne consent pas immédiatement à reprendre la vie commune, sur l'offre qui doit lui en être faite par le défendeur ». Un texte ainsi conçu n'aurait laissé place à aucune équivoque.

A notre avis, le défendeur qui agit en conversion doit donc, nécessairement, offrir la reprise de la vie commune; mais alors, si tel est le sens de l'article 310, la seconde hypothèse que nous envisagions, celle d'une demande en conversion *pure et simple* et d'une décision spontanée du demandeur en faveur de la reprise de la vie commune, hypothèse qui n'aurait été prévue par l'article 310 que si on avait admis le sens détourné du mot *consentir*, ne peut plus se réaliser; nous en concluons donc que les rédacteurs du Code ont bien pris le terme de *consentir* dans son sens strict et que ce faisant ils n'ont pas restreint le champ d'application de la disposition finale de cet article.

Les auteurs (1) ne semblent pas avoir soupçonné la controverse, ou du moins leurs commentaires sont-ils insuffisamment explicatifs; il est difficile de pénétrer leur opinion, de savoir si, pour eux, l'article 310 du Code civil prévoit une offre du défendeur ou une offre du demandeur, si l'offre du défendeur est facultative ou obligatoire. M. Baudry-Lacantinerie commente cette disposition en ces termes : « L'unique moyen pour l'époux innocent d'échapper au divorce dont le menace la demande de son conjoint, est de consentir au rétablissement de la vie commune... Au bout d'un certain temps, il [l'époux coupable] a donc le droit de venir dire à celui-ci [l'époux innocent] : « Reprenons

(1) Il s'agit ici des auteurs modernes; les premiers commentateurs du Code civil n'ajoutent en général rien au texte de l'article 310 qu'ils se contentent de reproduire; d'autre part, nous n'avons trouvé sur ce point aucune décision judiciaire pendant la période qui s'étend de 1804 à 1816.

« la vie commune ou divorçons » (1). Pour M. Baudry, le texte prévoit bien une offre émanant du défendeur, mais cet auteur ne fait pas remarquer que si le défendeur a le droit d'offrir la reprise de la vie commune, il a en a aussi l'obligation.

M. Saint-Marc donne d'abord un commentaire assez confus de l'article 310 : « L'ancien article 310 décidait que le tribunal devait prononcer le divorce quand le défendeur l'exigeait, à moins que le demandeur ne se déclarât prêt à reprendre la vie commune » (2). Mais plus loin, à propos du nouvel article 310 son opinion se précise : « Parmi ces indices [de réconciliation] le plus grave assurément sera l'offre que fera l'époux défendeur à l'époux demandeur de reprendre la vie commune. A la différence de l'ancien article 310, l'article 310 nouveau ne fait pas d'une pareille offre une fin de non-recevoir absolue contre *l'admission de la demande* » (3). Il s'agit donc d'une offre du défendeur et M. Saint-Marc indique le caractère obligatoire de cette offre, mais en des termes tout à fait équivoques : la proposition finale de ce commentaire semble en effet décider que la simple offre de reprendre la vie commune faite par le défendeur entraînerait le rejet de la conversion ; or ceci n'est vrai, et il est nécessaire de le dire, que si cette offre a été acceptée par le demandeur, et si de ce fait il y a eu réconciliation, M. Saint-Marc eût été plus clair en disant

(1) Baudry-Lacantinerie, *Op. cit.*, p. 226.

(2) Saint-Marc, *Rev. crit.*, 1885, p. 227.

(3) Saint-Marc, *Rev. crit.*, 1885, p. 251.

que cette offre du défendeur était nécessaire pour la *recevabilité* de la demande en conversion.

Dans les débats qui eurent lieu en 1884 à la Chambre, lors de la deuxième délibération, on constate la même diversité d'opinions et la même confusion. M. Eug. Durand, reprenant à titre d'amendement l'ancien article 310, le commentait ainsi : « Le législateur de 1803 permettait, en effet, à l'époux outragé, lorsqu'une demande en divorce était formée au bout de trois ans par son conjoint, d'arrêter cette action, de la tuer en quelque sorte dans le principe, en consentant à reprendre la vie commune » (1). L'honorable député n'apportait aucun éclaircissement sur la difficulté que nous avons signalée.

Le rapporteur de cette loi de 1884, combattant l'amendement de M. Durand, disait : « La deuxième exception du Code civil consistait en ce que cette demande d'une transformation d'une séparation de corps en divorce ne pouvait plus avoir lieu lorsque le demandeur primitif avait consenti à recevoir le conjoint dont il s'était séparé au domicile conjugal, en un mot lorsqu'il y avait *réconciliation*. Je crois que cette disposition était inutile. Il est évident que quand il y aura entente entre les époux au bout de trois ans, il n'y aura pas lieu de faire convertir la séparation de corps en divorce. Cette disposition, en réalité, n'avait aucun objet; *c'était une sorte de phraséologie* qui peut disparaître de la loi sans inconvénient. D'abord assimilation entre

(1) *J. off.*, 1882. Débats parlem., Chambre, p. 942, c. 1.

l'homme et la femme au point de vue de l'adultère, et ensuite inutilité de l'article du Code, puisque, du moment où il y aura réconciliation des époux — *et c'est là ce que prévoyait la loi* — il n'y aura pas lieu de faire convertir la séparation de corps en divorce. Tels sont, très succinctement, les motifs pour lesquels la commission vous a proposé le nouveau texte qui vous a été soumis » (1). Il résulte implicitement des termes de ce commentaire que l'article 310 du Code prévoyait une offre émanant du défendeur, car dans ce cas seulement — nous l'avons précédemment indiqué (2) — le rejet de la conversion n'a lieu que s'il y a réconciliation. Mais nous ne pensons pas que cette disposition finale de l'article 310 constitue « *une sorte de phraséologie qui peut disparaître sans inconvénient* ». Si le rapporteur de la loi de 1884 n'a vu dans cette disposition que l'expression d'une idée surabondante, c'est que la portée de ce texte lui a échappé; il n'a pas aperçu le caractère obligatoire de cette offre pour le défendeur, mais il a pour excuse l'ambiguïté de la loi (3); le texte de l'article 310 ne prévoit pas une réconciliation laissée au bon plaisir des époux, mais une réconciliation qui doit être nécessairement sollicitée par le défendeur.

M. Labbé s'est exprimé sur cet article 310 en des termes

(1) *J. off.*, 1882. Débats parlem., Chambre, p. 942, c. 2.

(2) *Cf.* p. 24.

(3) Nous avons dit plus haut, et nous maintenons, que le caractère équivoque de l'article 310 est dû à une trop grande concision du législateur de 1803. Pour le rapporteur de la loi de 1884, la disposition finale de l'article 310 est une sorte de phraséologie!

si généraux qu'il est difficile d'en dégager une opinion certaine : « L'ancien Code de 1804 accordait à l'époux contre lequel la séparation avait été prononcée, à lui seul, le droit après trois ans de demander la prononciation du divorce. L'époux exempt de torts et bénéficiaire du jugement de séparation arrêta cette demande en consentant au rétablissement de la vie commune ; sinon le divorce était prononcé... En apparence au moins, l'époux au profit duquel la séparation avait été prononcée restait le maître de la situation. L'époux coupable ne pouvait pas, en principe, tirer un droit, un avantage, la rupture du lien matrimonial, de la violation de ses devoirs envers son conjoint » (1).

Pour M. Moraël, le Code civil prévoyait une offre, par le demandeur, de reprendre la vie commune (2).

Ces citations montrent, suivant nous, que les auteurs n'ont présenté de cette disposition finale de l'article 310 qu'une insuffisante analyse, sans préciser la portée de ce texte ; ils en ont eu une vue trop simpliste.

(1) Labbé, note précitée.

(2) Moraël, *op. cit.*, p. 138.

CHAPITRE II

SYSTÈME DE L'AMENDEMENT DE M. DENORMANDIE

En 1884, quand la proposition de loi portant rétablissement du divorce et établissant la conversion obligatoire fut soumise à la commission du Sénat, M. Denormandie présenta un amendement ainsi conçu : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par celui des époux qui avait obtenu la séparation..... » Cet amendement abandonné par M. Denormandie fut, en seconde délibération, repris par M. Jules Simon et M. Denormandie lui-même.

Ce système était caractérisé par deux traits :

1° Le demandeur seul peut introduire une instance en conversion :

2° Le tribunal jouit du pouvoir d'accorder ou de refuser la conversion.

M. Labiche, rapporteur de la commission, exposant les divers systèmes de conversion en présence, développait en ces termes les motifs de l'amendement de M. Denormandie : « Il peut, dit-il, arriver des circonstances où l'un des époux, froissé dans sa dignité, dans ses intérêts les plus chers, se considère comme étant absolument dans la nécessité de recourir à la justice pour faire cesser une situation intolérable. Par des considérations que nous n'avons pas

à déterminer, cet époux croit préférable de se contenter de la séparation de corps, peut-être espère-t-il que la leçon sera suffisante pour faire renoncer son conjoint à des entraînements qui ont été funestes pour l'union conjugale et que plus tard il pourra pardonner.

« Cet époux demandeur devra-t-il être, comme cela résulte du système du Code, déchu à jamais du droit de réclamer le divorce si ses espérances fondées n'ont pu se réaliser?

« S'il en était ainsi, dit-on, cet époux offensé hésiterait à choisir la voie de la séparation qui le ferait renoncer à jamais à réclamer le divorce et, dès l'origine, il serait dans la nécessité d'user du droit extrême que la loi met à sa disposition, c'est-à-dire de réclamer immédiatement le divorce, le jour où l'instance s'engage.

« L'auteur de l'amendement avait pensé, et nous avons été disposés à le suivre dans cette voie, qu'il était préférable de ne pas prononcer une déchéance absolue contre le demandeur, qui, ayant le droit de demander le divorce, n'avait pas usé entièrement de ce droit, et qui s'était contenté de réclamer la séparation; qu'il était préférable de laisser ainsi, pendant quelques années, une porte ouverte au repentir, au pardon, à la réconciliation, sauf, si les espérances de retour au bien de l'époux coupable ne se réalisaient pas pendant cette épreuve, à permettre au demandeur de réclamer la dissolution complète du mariage, c'est-à-dire le divorce » (1).

(1) *J. off.*, 1884. Débats parlem., Sénat, p. 1055, c. 1.

Ainsi dans la pensée de M. Denormandie et du rapporteur, le droit à la conversion doit être accordé au demandeur pour éviter que son choix pour la séparation de corps ne lui enlève l'espérance de recourir un jour au divorce, que la sage résolution qu'il a prise ne se retourne en définitive contre lui. A notre avis, le fondement de ce système est erroné; car — et nous avons précédemment insisté sur ce point (1) — les principes du droit commun n'empêchaient pas celui qui avait obtenu la séparation de demander ultérieurement le divorce, il n'y a ni chose jugée, ni renonciation tacite pour fonder la déchéance dont on voudrait le frapper. Mais quand bien même l'idée qui a guidé M. Denormandie serait erronée — et c'est notre sentiment — ce système aurait encore sa raison d'être : d'une part il met à la portée du demandeur qui veut substituer le divorce à la séparation une voie de procédure plus simple et plus rapide que la procédure de droit commun; d'autre part, en exigeant un certain délai, fixé dans l'espèce à trois années, on force le demandeur à laisser l'expérience se poursuivre pendant le temps nécessaire à l'œuvre d'oubli et de pardon, on prévient un retour fâcheux de sa volonté qui lui ferait peut-être abandonner hâtivement une voie qui pouvait aboutir à la réconciliation (2).

Quant à la liberté laissée aux juges d'apprécier l'oppor-

(1) *Cf.* Première partie, p. 8.

(2) Nous avons antérieurement exprimé l'avis qu'en instituant la conversion, le législateur a fermé au demandeur toute autre voie pour aboutir au divorce.

tunité de la conversion, c'est une disposition qu'il convient d'approuver : sans doute les causes de séparation et de divorce étant les mêmes, on est, au premier abord, porté à penser que le demandeur qui aurait obtenu le divorce s'il ne lui avait préféré la séparation ne doit pas voir sa volonté tenue en échec par les magistrats, quand il lui plaît de revenir sur sa détermination. Cette argumentation a sa force et nous ne blâmerions pas une législation qui s'inclinerait devant l'objection. Mais le pouvoir d'appréciation des juges a son utilité : le demandeur peut intenter son instance en conversion sur un mouvement de colère, dans un accès d'impatience plus ou moins justifié, et ne serait-il pas pénible pour les juges et regrettable pour les parties, de prononcer le divorce quand il reste encore, peut-être, un espoir de réconciliation ; n'est-il pas préférable que le juge puisse maintenir le demandeur — même contre son gré — dans la voie qu'il avait librement choisie et rendre une décision qui, en ajournant le divorce, laissera aux passions le temps de se calmer ? Une loi souple est plus avantageuse qu'une loi trop rigide, si son application est assurée par une magistrature intelligente qui fera un usage modéré et non abusif de la liberté que lui laisse le législateur pour le meilleur intérêt des parties.

CHAPITRE III

SYSTÈME DE LA LOI DU 27 JUILLET 1884

Le divorce fut rayé de notre droit en 1816 et l'institution de la conversion disparut par voie de conséquence, mais après une campagne aussi longue que tenace, il fut rétabli par la loi du 27 juillet 1884 et cette loi organisait sur des bases nouvelles la conversion de la séparation de corps en divorce.

Dans la proposition de M. Naquet l'article 310 était ainsi conçu : « Tout jugement de séparation de corps devenu définitif depuis trois ans au moins *sera* converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux sans requête et par assignation à bref délai. Le jugement qui prononcera le divorce sera rendu à l'audience par le tribunal qui aura prononcé la séparation de corps. L'époux contre lequel la séparation de corps aura été prononcée pour adultère ne sera pas admis au bénéfice de cette disposition (1) ».

Au cours des débats de la Chambre et du Sénat ce texte subit d'importantes modifications qu'il est facile de déduire de la rédaction définitive de l'article 310 qui

(1) *J. off.*, 1882. Documents parlem., Chambre, Annexe n° 601, p. 813, c. 3.

nous régit aujourd'hui : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement *pourra* être converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux..... »

Deux traits caractérisent ce système :

1° D'une part, la faculté de demander la conversion est accordée aux deux conjoints, à l'époux demandeur, comme à l'époux défendeur.

2° D'autre part, la conversion est facultative pour le tribunal ; les juges apprécient souverainement l'opportunité de la conversion ; ce pouvoir discrétionnaire résulte non seulement de la lettre (1) de la loi, mais aussi des travaux préparatoires.

La première de ces innovations n'a pas soulevé de discussion sérieuse ; le droit de demander la conversion, accordé en 1804 au défendeur, devait à *fortiori*, pensait-on, être

(1) L'article 310 est ainsi libellé : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement *pourra* être converti... » Les termes de la loi nous paraissent très explicites ; et leur sens est surabondamment démontré par l'examen des travaux préparatoires ; on a cependant soutenu que ce texte prêtait à équivoque, que sa rédaction pouvait permettre de soutenir qu'il établissait la conversion obligatoire, qu'il pouvait être interprété comme s'il y avait : « le jugement *devra* être converti... » On invoque, à l'appui de cette prétention des textes où le législateur a employé le mot *pourra* pour *devra*, il y a là, dit-on, des expressions synonymes. M. Bousquet-Pontié (*De la conversion de la séparation de corps en divorce*, Faculté de droit de Toulouse, thèse pour le doctorat, 1903, p. 40 et 41) présente cette opinion comme soutenable ; pour nous, nous croyons inutile de la discuter, elle ne peut être soutenue que par ceux qui ont omis de se référer aux discussions soulevées par l'article 310, en 1884.

donné au demandeur; M. de Marcère écrivait dans son rapport: « Nous avons adopté le principe du projet, qui est *plus logique* que la disposition du Code civil (1). » Nous avons précédemment montré l'erreur qui était à la base de cette argumentation (2).

Le second caractère du système adopté par le législateur de 1884 réside dans le pouvoir laissé aux tribunaux d'apprécier souverainement l'opportunité de la conversion; l'époux, même l'époux demandeur, qui, après trois ans, demande la conversion de la séparation de corps en divorce, n'est pas sûr de l'obtenir: les juges jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou repousser la conversion. Nous aurons à donner sur ce point d'assez longues explications; l'ampleur de ces développements se justifie par les nombreuses difficultés et les controverses que cette liberté laissée aux tribunaux a soulevées en jurisprudence et en doctrine.

Nous retracerons d'abord l'histoire des débats que cet article a provoqués au Parlement, puis nous aurons à rechercher le sens de cet article, c'est-à-dire à déterminer les éléments dont le tribunal devra tenir compte dans son appréciation; à cet effet, nous analyserons les travaux préparatoires de la loi et la jurisprudence, nous indiquerons enfin les différentes opinions émises en doctrine.

(1) *J. off.*, 1882. Documents parlem. Chambre, Annexe n° 601, p. 813, c. 2.

(2) *Cf.* p. 8.

Section première. — Historique

Nous connaissons déjà la rédaction de l'article 310 dans la proposition de M. Naquet portant rétablissement du divorce.

Dans son premier rapport (1) M. de Marcère ne fait qu'une allusion discrète et sans intérêt à l'article 310, et cet article est ainsi soumis avec l'ensemble de la loi à la Chambre des députés, qui, en première délibération (2), l'adopte presque sans discussion; il convient seulement de noter l'intervention de M. Jullien qui obtient la suppression du dernier paragraphe de cet article visant le cas où la séparation de corps avait été prononcée pour adultère et refusant le droit d'agir en conversion au conjoint coupable.

Après un rapport supplémentaire (3) de M. de Marcère qui, sur l'article 310, ne traite que quelques questions de procédure, cet article est appelé en discussion pour une deuxième délibération (4) dans la séance de la Chambre du 17 juin 1882; M. Eugène Durand proposé sous forme d'amendement l'ancien article 310, mais la Chambre adopte le texte de la commission. En résumé, l'article 310 n'a soulevé à la Chambre aucune discussion approfondie.

(1) *J. off.*, 1882. Documents parlem., Chambre, Annexe n° 601, p. 808.

(2) *J. off.*, 1882. Débats parlem., Chambre, p. 540, c. 2 et 3.

(3) *J. off.*, 1882. Débats parlem., Chambre, Annexe n° 879, p. 1453 et s.

(4) *J. off.*, 1882. Débats parlem., Chambre, p. 942, c. 1 et 2.

Au Sénat, les débats furent plus complets et plus passionnés; M. Emile Labiche présente son premier rapport (1) le 7 février 1884; il y étudie surtout le principe du divorce et ses moyens d'application, les développements concernant l'article 310 ne présentent aucun intérêt pour les questions qui nous occupent. Dans sa séance du 7 juin 1884, le Sénat aborda, en première délibération (2), la discussion de l'article 310 voté par la Chambre: après quelques considérations du rapporteur sur les différents systèmes de conversion concevables en législation, M. Lucien Brun intervint pour protester contre l'institution de la conversion qu'il considérait comme portant atteinte à la liberté de conscience des catholiques et au principe de la non-rétroactivité des lois. Dans sa séance du 23 juin 1884, le Sénat était appelé à une deuxième délibération (3); MM. Lucien Brun et Jules Simon firent entendre de violentes critiques: M. Lucien Brun démontra avec talent que le maintien de l'article 310 aurait pour résultat de supprimer la séparation de corps après l'avoir insérée dans la loi par respect pour la liberté de conscience, il insistait notamment sur ce point que le système de la commission comme celui du Code civil « laissait subsister cette impossibilité morale et juridique de l'époux coupable, bénéficiant de sa faute pour obtenir le divorce dont son conjoint innocent

(1) *J. off.*, 1884. Documents parlem., Sénat, Annexe n° 31, p. 65.

(2) *J. off.*, 1884. Débats parlem., Sénat, p. 1055.

(3) *J. off.*, 1884. Documents parlem., Sénat, p. 1176 et s.

et offensé ne voulait pas (1) ». M. Jules Simon reprit, avec peut-être plus de précision et de clarté, les mêmes objections, et il mit à la défense de ses idées cette éloquence émue qui devait faire la plus grande impression sur ses collègues; à son avis la conversion obligatoire instituée par le texte de la commission aboutissait en fait à la suppression de la séparation de corps: « Elle [la séparation de corps] était un état complet, établi, durable, et vous en faites simplement, disait-il, un temps d'épreuve ». « Non, il n'y a pas, dans votre proposition, de séparation de corps: il n'y a que le divorce immédiat ou le divorce après un délai de trois ans; il n'y a pas autre chose (2) ». L'éminent orateur demandait, en terminant son brillant réquisitoire, que la conversion n'ait pas lieu *de plano*, sur la simple demande de l'une des parties, mais que les juges soient appelés à se prononcer et puissent prendre en considération les doléances de l'époux innocent et des enfants. « Nous vous demandons, disait M. Jules Simon, de ne pas faire ce déni de justice qui consiste à transformer la situation des personnes sans même l'avoir examinée (3) ».

A la séance suivante, le rapporteur M. Labiche apportait une nouvelle rédaction de l'article 310 qui, suivant le vœu de M. Jules Simon, laissait aux juges la faculté de repousser ou d'admettre la conversion, après avoir entendu les doléances des parties; après des questions et des expli-

(1) *J. off.*, 1884 Débats parlem., Sénat, p. 1176, c. 1.

(2) *J. off.*, 1884 Débats parlem., Sénat, p. 1180, c. 2 et 3.

(3) *J. off.*, 1884. Débats parlem., Sénat, p. 1182, c. 1.

cations confuses, le nouveau texte fut voté (1), c'est l'article 310 qui nous régit actuellement. L'innovation introduite au cours des débats du Sénat était la liberté laissée au tribunal de décider souverainement sur l'admission ou le rejet de la conversion. L'article 310 était primitivement ainsi conçu : « Tout jugement de séparation de corps devenu définitif depuis trois ans au moins *sera* converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux... » Et le texte qui a rallié les suffrages de la Haute Assemblée est ainsi rédigé : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement *pourra* être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux... » Cette proposition de loi fut renvoyée à la Chambre qui, sur le rapport de M. Letellier (2) l'adopta le 19 juillet 1884 (3).

*Section deuxième. — Du pouvoir d'appréciation
des tribunaux.*

De la nouvelle rédaction de l'article 310 il résultait que la conversion n'était pas obligatoire pour le tribunal, celui-ci avait toute liberté pour juger de son opportunité. Seulement si le texte définitif laisse aux magistrats le soin d'accueillir ou de rejeter la conversion, le législateur n'a pas déterminé les éléments d'appréciation du tribunal, il

(1) *J. off.*, 1884. Débats parlem., Sénat, p. 1191 et s.

(2) *J. off.*, 1884. Documents parlem., Chambre, Annexe n° 2952 p. 1287.

(3) *J. off.* 1884, Débats parlem., Chambre, p. 1774.

a négligé de préciser les motifs qui décideraient de la solution à intervenir et qui serviraient de base au jugement.

Nous aurons donc à rechercher les principes qui doivent guider le tribunal et pour les trouver nous étudierons successivement les travaux préparatoires, les décisions jurisprudentielles, et la doctrine.

§ 1. — *Du fondement du pouvoir d'appréciation des tribunaux d'après les travaux préparatoires.*

On croit assez volontiers que la meilleure réponse à toutes les questions soulevées par l'application d'une loi, que l'interprétation la plus saine de ses dispositions, doivent être dégagées des travaux préparatoires. Cette opinion serait fondée si l'examen des travaux parlementaires ne nous donnait trop souvent l'impression que les membres du Parlement votent des lois dont ils saisissent mal le sens et la portée. Nous aurons malheureusement l'occasion de trouver dans les débats parlementaires soulevés par cet article une preuve de cette affirmation.

M. Emile Labiche, présentant au Sénat le nouveau texte de l'article 310, modifié après les virulentes critiques de MM. Lucien Brun et Jules Simon, commentait en ces termes l'innovation proposée par la commission dans un but de conciliation : « La disposition que nous avons l'honneur de vous proposer est donc, sauf quelques changements peu importants, celle qui vous avait été précédemment distribuée. Elle a pour objet d'établir le système suivant : l'un ou l'autre des époux pourra, après trois ans de séparation

de corps, porter à nouveau devant le tribunal les motifs de la désunion qui existe entre eux et demander la conversion de la séparation de corps en divorce. Le tribunal aura à apprécier si les motifs qui avaient été suffisants pour prononcer la séparation de corps peuvent, après les trois années d'épreuve, être considérés comme suffisants pour prononcer, non plus seulement le relâchement du lien conjugal, mais sa rupture, c'est-à-dire le divorce... A la différence de ce qui existait avec le système établi par le Code civil, le tribunal n'est pas dans l'obligation d'acquiescer à la demande de conversion après la simple constatation de l'expiration des délais et du refus de réconciliation. Non, le tribunal a toute liberté pour apprécier dans quelle mesure il convient de faire droit à la demande... Notre rédaction fait donc disparaître la disposition qui avait à bon droit, il faut le reconnaître, excité bien des susceptibilités : la disposition qui imposait aux tribunaux l'obligation de prononcer le divorce après l'expiration d'un délai de trois ans, alors que la décision précédemment rendue n'avait porté que sur une demande en séparation de corps et que, par conséquent, cette question seule avait été l'objet d'un débat devant les tribunaux. Par application de cette disposition, le divorce se trouvait en réalité obtenu sans avoir pu être discuté.

«D'après la nouvelle disposition, à la demande de l'autre époux, les tribunaux auront le pouvoir d'apprécier si les faits qui avaient été jugés suffisants pour faire prononcer la séparation ne sont pas devenus, après une épreuve

d'au moins trois ans, suffisants pour justifier le divorce (1). »

Ces différents extraits donnent une connaissance complète de la conception du rapporteur de la loi de 1884 au Sénat sur le pouvoir d'appréciation des tribunaux. Nous devons rechercher si la Chambre s'est fait la même idée du rôle du tribunal et à cet égard nous citerons les passages les plus suggestifs du rapport de M. Letellier : M. Letellier s'exprimait en ces termes : « Autant on concevait la transformation de la séparation en divorce sur la seule constatation que la séparation avait duré trois ans, autant on conçoit peu l'action effective des tribunaux en cette matière. Les causes de séparation de corps et les causes de divorce sont les mêmes. Si l'époux qui a demandé la séparation il y a trois ans et qui l'a obtenue, avait basé sur les mêmes faits une demande de divorce, il l'aurait donc obtenu également. Comment si après trois ans il demande à faire convertir sa séparation en divorce, le tribunal pourrait-il la lui refuser, alors surtout qu'aux faits primitifs est venue s'ajouter une longue période d'épreuve ? Evidemment dans ce cas les tribunaux accorderont toujours la conversion et dès lors pourquoi leur demander un avis que les circonstances ne leur permettront jamais de refuser. S'il s'agit du défendeur, on conçoit au contraire difficilement sur quoi se fonderont les tribunaux pour accorder la conversion. Le défendeur, en effet, n'a aucun fait à invoquer puisque

(1) *J. off.*, 1884, Débats parlem., Sénat, p. 1191 et 1192.

c'est contre lui que la séparation a été prononcée. Et pourtant le Sénat a voulu que le tribunal fut autorisé à juger, que, même dans ce cas, il peut y avoir lieu d'accorder la conversion. Il l'a si bien voulu que c'est sur la faculté accordée au défendeur comme au demandeur d'introduire l'instance à cet effet qu'est intervenu l'accord entre les adversaires et les partisans de l'article 310. Mais alors, ou la faculté accordée au défendeur équivaudra, d'après la jurisprudence, à une obligation morale de prononcer la transformation de la séparation de corps en divorce sur sa requête, ou elle placera les tribunaux, en les faisant sortir de leur rôle, dans la situation d'une espèce de conseil de famille jugeant en équité..... Mais la transaction intervenue vous donne une demi-satisfaction. Le défendeur pourra demander au tribunal de transformer sa séparation de corps en divorce sans qu'il soit dit qu'il sera tenu pour l'obtenir d'apporter des faits nouveaux. C'est une espèce de conseil officieux que la loi institue, et il dépendra de la jurisprudence de corriger ce que l'article 310 a de mauvais. Les tribunaux n'auront pour cela qu'à se montrer très larges dans l'usage du droit de conversion, que la loi leur confère. Votre commission espère qu'il en sera ainsi, et c'est une des raisons qui la portent, malgré les objections sérieuses qu'elle y voit et qu'elle vient de vous exposer sincèrement, à vous proposer de donner votre adhésion même au nouvel article 310 (1). »

(1) *J. off.*, 1884, Documents parlem., Chambre, Annexe n° 2952, p. 1289, c. 1, 2 et 3.

Il résulte donc du rapprochement des déclarations de M. Labiche et de M. Letellier que les deux Assemblées ont voté cet article 310 en lui donnant, chacune, un sens différent. Le Sénat estime que le tribunal doit apprécier à nouveau les faits qui ont justifié la séparation et examiner s'ils sont suffisants pour légitimer une instance en divorce. D'après la Chambre qui s'est ralliée sans discussion aux déclarations de son rapporteur, le tribunal jugerait en équité le bien-fondé de la demande en conversion et même s'il voulait entrer dans les intentions de la Chambre, il accorderait toujours cette conversion, qu'elle soit demandée par le demandeur ou par le défendeur à l'action en séparation.

A notre avis, l'interprétation de l'article 310 donnée par M. Labiche, telle qu'elle résulte des termes mêmes qu'il a employés, constitue une hérésie juridique indéniable, et les conclusions de M. Letellier nous paraissent pour le moins insuffisantes à guider les juges.

Pour réfuter l'opinion émise par M. Labiche il nous suffira de rappeler qu'aux termes de l'article 306 du Code civil les causes de divorce sont les mêmes que les causes de séparation, qu'il n'y a entre elles légalement aucune gradation; exiger des tribunaux un dosage des faits qui ont motivé la séparation, c'est aller à l'encontre des termes de la loi. On s'étonne que M. Labiche ait pu, sans soulever aucune critique, soutenir devant le Sénat, qui comptait certainement parmi ses membres des jurisconsultes, une thèse qui va manifestement à l'encontre de la loi en tendant à éta-

blir une hiérarchie des causes de divorce et de séparation (1). Cependant l'attention de la Haute Assemblée avait été attirée sur ce point par une interruption de M. Batbie qui déclarait ne pas comprendre la nature de ce pouvoir d'appréciation des tribunaux : « S'il n'y a pas de faits nouveaux, disait-il, s'il n'y a pas autre chose que l'expiration du délai de trois ans, je ne comprends pas qu'il y ait une appréciation ou même un jugement à rendre : il ne peut y avoir qu'un enregistrement à faire... La nouvelle rédaction

(1) L'erreur de M. Labiche a été de présenter cette hiérarchie des causes de divorce et de séparation de corps comme trouvant son fondement dans la loi ; mais sa théorie eut été acceptable s'il avait donné à ce dosage des causes de séparation et de divorce un fondement de pur fait, à savoir la possibilité d'une réconciliation entre les époux : il est bien probable en effet que les chances de réconciliation seront plus grandes si la séparation a été prononcée pour injures, que si la séparation a pour cause l'adultère d'un des conjoints, alors on conçoit que les juges admettent plus facilement la conversion dans le second cas que dans le premier et leur décision ne serait en contradiction avec aucun texte. Nous citerons deux décisions qui ont fait application de ces deux points de vue très différents :

1° Trib. civil de Rambouillet, 8 août 1884. — D. 84. 5. 164 : « Attendu que les deux époux basent ladite demande sur les faits qui ont motivé leur séparation de corps, qu'il importe de rechercher si leur gravité est suffisante pour faire prononcer le divorce..... qu'on ne saurait indifféremment appliquer le divorce ou la séparation de corps et mettre sur la même ligne deux moyens, si différents par leurs résultats ;.... »

2° Cour de Besançon, 27 décembre 1884. — D. 85. 2. 99 : « Attendu que ces torts réciproques n'ont pas un caractère de gravité et de permanence tels qu'ils nécessitent la rupture complète du lien conjugal, relâché par le jugement de séparation ; — que l'existence d'un fils issu du mariage, en créant un intérêt commun entre les époux, peut faire espérer dans l'avenir un rapprochement désirable, qu'il est du devoir de la justice de ne pas rendre impossible en prononçant le divorce..... »

n'est donc pas satisfaisante, et vous vous trouvez en présence de ce dilemme que je pose à la commission : ou il y a des faits nouveaux et alors chaque partie peut demander le divorce, mais il n'y a pas besoin d'attendre trois ans, ou bien il n'y a que le fait matériel de l'expiration de trois années et alors il n'y a rien à apprécier (1). » M. Batbie avait évidemment conscience de l'erreur juridique commise et développée par M. Labiche, mais il ne la dénonçait pas d'une façon très nette, aussi le rapporteur put lui répondre en reprenant, comme un leitmotiv, l'idée d'un dosage des faits qui ont fondé l'action en séparation.

Les tribunaux ne pouvaient donc se référer aux conclusions de M. Labiche pour appliquer d'une manière juridique l'article 310. Du moins pouvaient-ils espérer trouver dans les déclarations de M. Letellier des indications précises ; ils les chercheraient en vain : la meilleure partie du rapport de M. Letellier est certainement la partie négative, où, avec une clairvoyance qui n'est pas rare quand on juge les théories adverses, il dénonçait l'erreur juridique consacrée par le Sénat. M. Letellier condamnant le pouvoir d'appréciation des juges, dont il ne concevait pas le fondement, devait logiquement proposer à la Chambre le rejet du texte adopté par le Sénat et le maintien de celui qu'elle avait précédemment voté ; par une inconséquence, qu'il essaya de justifier par la crainte d'un trop long ajournement ou d'un échec de cette loi, l'honorable rapporteur n'hésita pas à de-

(1) *J. off.*, 1884. Débats parlem., Sénat, p. 1192, c. 3.

mander à la Chambre de faire siennne la rédaction du Sénat, non sans formuler le vœu de voir les tribunaux amender et rectifier la loi, suivant les intentions intimes de la Chambre, c'est-à-dire établir, en fait, le régime de la conversion obligatoire, alors que le Parlement votait un texte organisant la conversion facultative.

C'est, en vérité, un singulier spectacle de voir le législateur demander à la jurisprudence de corriger ses lois ! Les tribunaux n'ont-ils pas déjà, sans ces invitations, une très fâcheuse tendance à les éluder !

Le Parlement a la déplorable et trop fréquente habitude de se décharger sur les tribunaux du soin de trancher les difficultés que révèlent les débats ; et dès lors doit-on s'étonner des contradictions de la jurisprudence, et peut-on, en toute équité, incriminer les juges qui ont mission d'appliquer des lois qui portent le germe de l'incohérence.

§ 2. — *Analyse de la jurisprudence.*

L'étude des travaux préparatoires nous a montré combien il devait être difficile aux tribunaux d'y découvrir les éléments de leurs décisions. Ils ne pouvaient se référer à la théorie de M. Labiche qui consacrait une erreur juridique, et les déclarations imprécises de M. Letellier étaient insuffisantes pour leur servir de direction. En présence de la confusion des débats, de la contradiction des travaux préparatoires, convient-il de s'étonner du flottement de la jurisprudence ? Elle devait compter sur ses seules lumières pour découvrir le critérium lui permettant de faire le

départ entre les demandes en conversion légitimes et les demandes injustifiées. La jurisprudence à laquelle a donné lieu cet article 310 pendant près de vingt-cinq années est et devait être confuse; la diversité des opinions relevées dans les jugements et les arrêts en rend l'analyse délicate et il est malaisé de ramener à l'unité un ensemble aussi complexe; on l'a cependant essayé — l'esprit juridique est spontanément porté à la classification — et on a cherché à grouper sous un petit nombre de principes les décisions aussi nombreuses que diverses des tribunaux et des cours.

En s'inspirant d'une note de M. Labbé (1), on a essayé de les rattacher toutes à deux idées, dites l'une de la moralité, l'autre de l'utilité sociale (2). Il y avait certainement là un essai d'unification intéressant, mais dans un but louable de précision et de clarté, ne réalisait-on pas une unité factice, contraire à l'exacte vérité? « Pour que l'unité soit précieuse, il faut qu'elle soit vraie; car, si elle est fausse, au lieu d'avancer la science, elle ne fait que la retarder (3). »

Suivant nous, cette division bipartite des décisions jurisprudentielles encourt un double reproche, elle n'est pas assez compréhensive, et en outre elle est insuffisamment explicative. En effet, dans laquelle de ces deux catégories rangera-t-on les décisions qui établissent cette hiérarchie des causes de séparation et de divorce, que préconisait

(1) Labbé, note précitée, S. 86, 1, 193.

(2) Bousquet-Pontié, *Op. cit.*, p. 56 et s.

(3) Jouffroy (Th.), *Mélanges philosophiques*, 6^e édition, Paris, Hachette et C^{ie}, 1886, in-8^o.

M. Labiche, et si on les range sous l'une de ces deux idées de moralité et d'utilité sociale, ce ne peut être qu'arbitrairement (1). Enfin la moralité, l'utilité sociale sont des notions essentiellement subjectives, qui ne peuvent fournir un critère scientifique pour une classification stable : ainsi on rattache à la théorie de la moralité les décisions qui refusent la conversion au défendeur qui, après la séparation, a aggravé son inculpation ; or, certains tribunaux pensent — d'ailleurs à tort, suivant nous — que dans cette hypothèse la moralité impose aux juges l'admission de la conversion pour permettre au défendeur de régulariser des relations qui sont illicites tant que le lien matrimonial n'est pas rompu. Ainsi on verrait réunies sous la même idée des décisions absolument contradictoires (2). L'idée d'utilité sociale est-elle moins élastique ? On rattache en général à cette théorie (3) toutes les décisions fondées sur cette idée que la séparation est un état fâcheux pour les époux et pour la société, qu'elle est dans notre système législatif une anomalie funeste, que l'admission de la conversion doit donc être la règle, et le rejet l'exception ; or, cette idée est loin

(1) M. Bousquet-Pontié rattache ces décisions à la théorie de la moralité (*Op. cit.*, p. 57) ; on pourrait aussi bien, et même à notre avis bien mieux, les rattacher à l'idée d'utilité sociale ; la société n'est-elle pas précisément intéressée à ce que le mariage ne soit dissous que pour des faits très graves.

(2) M. Massigli (*Revue critique*, 1886, p. 219) rapporte précisément des décisions contradictoires, intervenues dans l'hypothèse que nous prévoyons au texte, et qui sont les unes et les autres fondées sur des arguments de moralité ; Cf. aussi Hitier (*Revue génér.*, 1895, p. 47 en note).

(3) Cf. Bousquet-Pontié, *Op. cit.*, p. 56 et 90.

d'être unanimement partagée: « On parle, dit M. Labbé, de l'intérêt de la société; nous ne savons si la société trouvera son intérêt à ériger en principe que la passion est tout, que la volonté n'est rien (1) ».

Ainsi cette division bipartite des décisions jurisprudentielles, apparemment très claire, très précise, peut créer de fâcheuses confusions; nous croyons nous rapprocher davantage de la réalité en présentant cette jurisprudence avec sa diversité; nous grouperons les décisions judiciaires sous autant de chefs qu'il y a eu d'opinions différentes émises par les tribunaux et les cours, sans forcer le sens des jugements et des arrêts pour les faire rentrer dans un cadre préétabli, factice et trop étroit; le désir de l'unité ne peut servir d'excuse pour imaginer une harmonie qui n'existe pas.

*
* *

D'après certains tribunaux, il y aurait lieu de procéder à une nouvelle appréciation des faits qui ont motivé la séparation et d'examiner s'ils ont une gravité suffisante pour justifier le divorce :

Trib. Marseille, 19 novembre 1884 (*Gaz. pal.* 85.1.134).

Trib. Rambouillet, 8 août 1884. D. 84.5.164.

Trib. Vitry-le-François, 14 août 1884. D. 84.5.166. (*Gaz. pal.* 84.2.330).

(1) Labbé, note précitée.

Trib. Nevers, 13 août 1884 (*Gaz. pal.*, 84.2.324).

Trib. Mâcon, 25 novembre 1884 (*Gaz. pal.*, 85.1.134).

Cour de Douai, 5 février 1885 (motifs), D. 85.2.99.

Cette théorie, qui est la traduction fidèle des idées de M. Labiche, s'est fait jour au lendemain de la promulgation de la loi, mais elle n'a eu qu'une prépondérance éphémère; aujourd'hui elle ne compte presque plus de partisans :

Cass., 3 mai 1886 (*Gaz. pal.*, 86.1. suppl. 161).

*

* *

Certains tribunaux ont jugé que la simple expiration du délai de trois ans en dehors de toute autre considération suffisait à autoriser la conversion.

Cass. Req., 24 mars 1886, S. 89.1.251.

Cette opinion a été à juste titre condamnée par plusieurs décisions; elle pouvait sans doute se fonder sur les vœux exprimés par M. Letellier dans son rapport, pour l'admission la plus bienveillante et la plus large des demandes en conversion; elle était toutefois manifestement contraire à la lettre et à l'esprit de la loi; elle tendait en effet, à substituer la conversion obligatoire à la conversion facultative organisée en des termes non équivoques par l'article 310:

Trib. Arras, 3 décembre 1884 (*Gaz. pal.*, 85.1.94).

*

* *

Lorsque la conversion est demandée par le défendeur à l'action en séparation, c'est-à-dire par l'époux coupable, les tribunaux ont parfois fait état d'idées différentes de celles précédemment ou ci-dessous énumérées; certains tribunaux avaient émis la prétention de lui refuser systématiquement la conversion: ils estimaient — et ils avaient pour eux la logique mais non la loi — que l'époux coupable ne pouvait se faire un titre de ses fautes pour obtenir le divorce, nonobstant la résistance de son conjoint :

Cour de Douai, 5 février 1885. S. 85. 2. 65.

Cour de la Martinique, 21 février 1885. S. 85.2.65.

Cette théorie a été condamnée et elle devait l'être en présence du texte de l'article 310 qui accorde le droit à la conversion, même à l'époux défendeur :

Cour de Lyon, 13 mai 1887 (*Gaz. pal.*, 87.2.132).

Cour de Paris, 3 janvier 1889 (*Gaz. pal.*, 89.1.417).

Cour de Paris, 11, 16 et 17 juin 1896 (*Le Droit*, 26 juin 1896).

Cependant il a été jugé que le pouvoir d'appréciation accordé aux tribunaux par le nouvel article 310 est plus large lorsque c'est le défendeur originaire qui demande la conversion.

Et de plus, à la condition de ne pas refuser systématiquement au défendeur le droit à la conversion par cela seul que la séparation a été prononcée contre lui, ils peuvent tenir compte, pour rejeter sa demande, de la persistance de ses torts, de son désir d'échapper aux obligations qui lui incombent, et aussi du but qu'il poursuit et qui est peut-être de contracter une union répréhensible :

Trib. de la Seine, 11 décembre 1884 (*Gaz. trib.*, 20 janvier 1886).

Cour de Lyon, 13 mai 1887 (*Gaz. pal.*, 87.2.132).

Trib. Seine, 23 août 1884 (*Gaz. pal.*, 85.2.349).

Trib. Bordeaux, 17 novembre 1884 (*Gaz. pal.*, 85.1.127).

Cour de Rennes, 30 octobre 1893. S. 95.2.47.

Cass., 13 juillet 1891. S. 92.1.503.

Cass. req., 21 juin 1904. D. 04.1.471.

Cour de Paris, 11 février 1904. D. 04.2.256

Ce dernier arrêt réforme un jugement du tribunal de la Seine du 26 mai 1903 qui posait ce principe : « Que les tribunaux n'ont qu'à rechercher si la reprise de la vie commune peut avoir lieu et non par le fait duquel des époux cette reprise est devenue impossible. » Cependant la thèse du tribunal de la Seine qui répugne à la morale la moins rigoureuse a été parfois consacrée :

Trib. Saint-Etienne, 9 juin 1904 (*Le Droit*, 22 juin 1904) (1).

(1) « Attendu, est-il dit dans ce jugement, que la dame Drevet allègue que son mari ne demande la conversion de la séparation

*
* *

Certains tribunaux rejettent la demande en conversion en se fondant sur l'intérêt des enfants issus du mariage :

Cass., 21 avril 1896. D. 96.1.551.

Cependant on trouve des décisions très récentes en sens contraire où les juges estiment : « Qu'on ne saurait s'arrêter aux considérations tirées de l'enfant né du mariage, lesquelles relèvent exclusivement de la conscience de celui des époux qui poursuit le divorce et ne peuvent pas être un obstacle à l'exercice du droit légalement attribué à l'un et à l'autre conjoint. » (Trib. Seine, 26 mai 1903. D. 04.2.256) (1). Dans le même sens :

Cour de Paris, 24 janvier 1901. D. 01.1.398.

Cour d'Aix, 2 août 1899 (*Le Droit*, 4 janvier 1900) (2).

*
* *

Les juges qui ont à apprécier l'opportunité de la conversion peuvent-ils rejeter la demande en conversion for-

de corps en divorce que pour pouvoir contracter un nouveau mariage avec son complice ; mais attendu que ce fait, à le supposer exact, ne serait pas suffisant pour empêcher la demande de Drevet d'être accueillie favorablement... »

(1) Ce jugement a été infirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 11 février 1904. D. 04.2.256.

(2) Nous nous trouvons ici en présence d'une des manifestations du caractère capricieux de la jurisprudence, tour à tour audacieuse et timorée. Avant la loi du 24 juillet 1889 organisant

mée par l'époux coupable en se fondant sur le préjudice pécuniaire qui en résulterait pour l'époux innocent ?

Pratiquement la question s'est présentée dans les circonstances suivantes de nature à se rencontrer fréquemment : une femme mariée à un individu bénéficiaire actuel ou éventuel d'une pension de retraite a demandé et obtenu la séparation de corps ; après trois ans son mari introduit une instance en conversion ; est-elle bien fondée à demander au tribunal le rejet de la conversion en excipant de la perte qui en résulterait pour elle, de son droit à la réversibilité de la pension (1) ?

La question a reçu en jurisprudence des solutions contraires : certains tribunaux n'ont pas hésité à admettre que cette considération pouvait être utilement invoquée par la

la déchéance partielle de la puissance paternelle, les tribunaux n'hésitaient pas, quand le besoin s'en faisait sentir, de priver les parents indignes de l'un des attributs les plus essentiels de la puissance paternelle, du droit de garde ; cette jurisprudence, inspirée par le souci de la protection des enfants, était digne d'approbation, mais elle agissait sans texte et même à l'encontre des principes généraux qui dominaient alors sur la puissance paternelle. Aussi peut-on légitimement s'étonner de voir dans le cas qui nous occupe, la jurisprudence si timorée, quand la loi laisse aux juges toute liberté de décision.

(1) Il convient de rappeler qu'il résulte des lois sur les pensions civiles et militaires, et des règlements établis par les grandes administrations privées que la pension est réversible sur la tête de la veuve ; et en cas de séparation de corps le bénéfice de la réversibilité est encore réservée à la femme au profit de laquelle la séparation de corps a été prononcée. Mais comme le droit de la femme est une conséquence du mariage, il est bien certain qu'au cas de divorce, quand bien même celui-ci serait prononcé au profit de la femme, la femme perd tout droit à la pension pour le cas où elle survivrait à son mari.

femme et qu'il y aurait lieu de rejeter la conversion si la perte du droit à la reversibilité de la rente devait constituer pour la femme, eu égard à sa fortune personnelle, aux avantages matrimoniaux qu'elle conserve même divorcée, mais qui peuvent être insignifiants ou nuls, un préjudice grave.

Trib. Toulon, 26 février 1891 (*Lois nouvelles*, 91.2.148).

Trib. Seine, 7 juin 1898 (rapporté dans Coulon: *La conversion de la séparation de corps en divorce*, 1906, p. 53).

Cour de Bordeaux, 27 juillet 1903 (*Le Droit*, 20 décembre 1903).

Trib. Bordeaux (4^e chambre) 6 août 1906 (*Rec. Bord.* 06.1.365). S. 07.2.283.

Mais on peut trouver des décisions en sens contraire :

Trib. Seine, 15 novembre 1904 confirmé par la Cour de Paris (rapporté dans Coulon, *Op. cit.* p. 52).

M. Hitier (1) a soutenu que la première de ces deux solutions était incontestablement la meilleure ; cette possibilité de sauvegarder ainsi, grâce au caractère facultatif de la conversion, les intérêts pécuniaires de la femme innocente, semblait même à M. Hitier, un argument très fort pour le maintien de l'article 310, et contre le principe de la conversion obligatoire.

(1) Hitier, *Revue générale du droit, de la législation, et de la jurisprudence*, 1895, p. 41.

M. Coulon ne partage pas cet avis: s'appropriant l'opinion de l'arrêtiste, auteur d'une note sous le jugement du Tribunal de la Seine du 7 juin 1898, il estime que « si le rejet de la conversion pour tous ceux qui peuvent avoir une pension de retraite, devenait la règle en jurisprudence, cette pratique aboutirait à supprimer pour toute une catégorie de personnes (les fonctionnaires), l'application des dispositions de l'article 310, et à créer arbitrairement une exception que la loi n'a pas formulée. Conséquence évidemment inadmissible (1) ».

La solution de cette question présente un intérêt considérable, si l'on songe qu'il y a en France plus de six cent mille fonctionnaires, ayant droit à une retraite, et que les tendances étatistes modernes en augmentent très probablement le nombre.

A notre avis, l'opinion la plus juridique est celle d'après laquelle il faut écarter du débat toutes considérations pécuniaires; et ainsi la perte du droit à la reversibilité de la rente ne serait pas un motif suffisant pour faire rejeter la conversion. M. Coulon se rallie à cette opinion pour une raison de sentiment; il serait pénible, pense-t-il, de priver les fonctionnaires du bénéfice de l'article 310. A notre avis cette raison est insuffisante: il ne faut pas oublier que les fonctionnaires dont il s'agit se sont montrés des maris coupables, et d'autre part nous n'hésiterions pas à admettre cette solution si elle était commandée par une exacte appli-

(1) Coulon, *Op. cit.*, p. 53.

cation des principes et une juste combinaison des textes; si rigoureuse qu'elle soit, elle serait la contre-partie des avantages dont jouissent les fonctionnaires et spécialement de leur droit à une pension de retraite. Suivant nous, il y a des raisons plus profondes qui militent en faveur de cette solution: si la séparation de corps a pris place dans notre législation à côté du divorce, c'est uniquement pour des motifs de liberté de conscience: on a voulu donner satisfaction aux partisans de l'indissolubilité du mariage, en leur permettant de sortir d'une situation de fait devenu intolérable, tout en laissant subsister le lien matrimonial; ainsi — et nous croyons cette affirmation incontestable — le législateur, en organisant la séparation de corps, n'a eu en vue aucune considération pécuniaire; sans doute, indirectement, il peut résulter des principes généraux et de la combinaison des textes que la séparation de corps soit plus avantageuse pour le conjoint innocent que le divorce, mais il n'y a là qu'un effet secondaire; et considérer la séparation de corps comme une institution destinée essentiellement à ménager les intérêts pécuniaires de l'époux innocent c'est méconnaître la finalité de cette institution.

Enfin il convient de ne pas exagérer la valeur du droit de la femme à la reversibilité de la pension dont son mari est titulaire ou même dont il n'a peut-être que l'espérance; ce droit est purement éventuel, car il est subordonné à la survie de la femme.

Le tribunal qui a à apprécier l'opportunité de la conver-

sion demandée par le conjoint coupable ne devrait donc pas s'arrêter aux considérations d'ordre pécuniaire que fera valoir l'époux innocent en faveur du rejet de la conversion ; sa décision serait ainsi conforme à l'esprit de la loi qui a admis la séparation de corps par respect pour la liberté de conscience et non pour la sauvegarde des intérêts pécuniaires du conjoint innocent.

Mais si logique que soit cette solution, n'est-elle pas bien rigoureuse ? C'est bien souvent la perspective de cette pension de retraite et du droit à la réversibilité qui a décidé le mariage, et n'y a-t-il pas quelque injustice à écarter les doléances du conjoint innocent ? A notre avis les tribunaux agiront sagement en refusant d'admettre la conversion quand le droit à la réversibilité de la rente présentera pour la femme innocente le caractère d'une nécessité vitale ; les juges ont le devoir d'assurer une application humaine de la loi.

*
* *

D'après la théorie aujourd'hui dominante, le critère auquel se réfèrent les magistrats pour admettre ou rejeter la conversion c'est l'idée d'une réconciliation entre les époux ; si les circonstances de la cause permettent de regarder comme possible une réconciliation les juges rejeteront la demande en conversion ; si au contraire il leur apparaît que tout espoir d'une reprise de la vie commune doit être perdu, ils prononceront la conversion, avec cependant une réserve, pour le cas — précédemment examiné — où la

demande est faite par l'époux coupable et où le défaut de rapprochement est dû à la continuation de ses fautes et à l'aggravation de ses torts. Les décisions rendues en ce sens sont très nombreuses; cette théorie fondée sur la possibilité d'une réconciliation, a toujours eu beaucoup de partisans et en consultant les décisions les plus récentes rendues en cette matière on voit de quelle faveur elle jouit auprès des tribunaux; on peut affirmer qu'il y a en ce sens une jurisprudence définitive et constante.

Trib. Nantes, 22 février 1888 (*Pand. franç.*, 88.2.159).

Cour de Paris, 3 janvier 1889 (*Gaz. pal.*, 89.1.417).

Cour de Poitiers, 25 mars 1889 (*Gaz. pal.*, 89.1.689).

Cour de Lyon, 13 mai 1890 (*Gaz. pal.*, 90.2.53).

Parmi les décisions les plus récentes nous relevons les suivantes :

Cour d'Aix, 2 août 1899 (*Le Droit*, 4 janvier 1900).

Cour de Toulouse, 6 avril 1900. D. 01.2.398.

Cassation, 19 décembre 1900. D. 01.1.48.

Cour de Paris, 24 janvier 1901. D. 01.1.398.

Cassation, 24 juillet 1901. D. 04.1.452.

Cassation, 24 juin 1902. D. 02.1.453.

Cour de Bordeaux, 27 juillet 1903 (*Le Droit*, 20 décembre 1903).

Cassation Req., 21 juin 1904. D. 04.1.471.

Trib. Bayonne, 20 mai 1905 (*Le Droit*, 14 octobre 1905).

Trib. Aurillac, 16 mars 1906 (*Rec. Rim.*, 06.498).

Nous avons ainsi présenté avec toute sa diversité et sa

complexité la jurisprudence à laquelle a donné lieu l'article 310; il nous reste à l'apprécier et à en dégager quelques considérations générales. En ouvrant les ouvrages les plus récents sur la matière on est surpris de voir les indignations de leurs auteurs à l'égard de cette jurisprudence. A en croire M. Coulon: « C'est une véritable anarchie, impossible à faire comprendre aux plaideurs qui en rendent responsables plus encore les magistrats que la loi ». Et cet auteur se livre à un violent réquisitoire contre le pouvoir discrétionnaire des tribunaux: « L'article 310, qui abandonne à l'arbitraire des juges la conversion de séparation de corps en divorce, crée donc une diversité fâcheuse de jurisprudence. Il fait dépendre l'issue du litige non des conditions de l'action judiciaire, mais du tribunal devant lequel elle est portée..... Une pareille situation légale ne saurait être maintenue. Elle ne peut avoir qu'un effet: le discrédit de la magistrature et de la loi (1) ». Cette critique est non seulement sévère, elle est injuste: on tend à accréditer cette idée que les décisions des tribunaux rendues en cette matière constituent une mosaïque multicolore. Nous avons nous-mêmes entrepris l'analyse de cette jurisprudence avec cette idée préconçue, qui est presque un dogme pour la majorité des auteurs, et nous avons dû reconnaître son inexactitude. Nous pensons, en toute impartialité, que cette jurisprudence ne mérite pas les critiques que partisans et adversaires de la conversion, unis dans

(1) Coulon, *La conversion de la séparation de corps en divorce*, Paris, 1906, p. 14.

un harmonieux accord, lui décochent sans ménagement. Sans doute, au cours des années qui ont immédiatement suivi la promulgation de la loi de 1884, on a vu des décisions contradictoires rendues dans des espèces identiques; cette période d'indécision, de contradiction, inhérente au développement de toute jurisprudence et qui précède la période de stabilisation, d'unification, s'est peut-être prolongée ici plus qu'en toute autre matière parce que le législateur avait omis d'indiquer le principe auquel devaient se référer les juges dans l'usage de cette liberté d'appréciation qui leur était conférée par la loi. Mais, à notre avis, il existe aujourd'hui sur l'article 310 une jurisprudence constante et définitivement établie, qui repose sur l'examen de ces questions :

1° Y a-t-il entre les époux des chances de réconciliation?

2° (Pour le cas où l'instance en conversion est engagée par le défendeur). La non-réconciliation est-elle imputable au défendeur?

M. Labbé a pu dire avec raison, en 1886 : « Le législateur nous a exposés à être les témoins d'une jurisprudence allant à la dérive », parce qu'à cette époque on constatait en jurisprudence des courants d'opinion qui s'équilibraient, mais M. Coulon, dont l'étude date de 1906, semble avoir volontairement méconnu les tendances de la jurisprudence actuelle qui sanctionne avec une uniformité rare dans les annales judiciaires les mêmes solutions fondées sur les mêmes motifs.

Il est beaucoup d'autres matières de droit civil et notam-

ment celle des substitutions, qui donnent lieu à une jurisprudence plus incohérente encore et plus répréhensible, car c'est pour se refuser à appliquer la loi que les tribunaux tombent alors dans la contradiction, et cependant on n'a pas mené à l'égard de ces décisions la même campagne d'indignation ! Réclamer la conversion obligatoire parce que le maintien de l'article 310, tel qu'il est rédigé, « rétablirait dans notre pays l'inégalité devant la loi et devant la justice (1) », c'est méconnaître les tendances actuelles de la jurisprudence ; qu'on compulse les recueils d'arrêts de ces dix dernières années et on conviendra que la jurisprudence ne présente pas en matière de conversion des contradictions exceptionnelles et particulières ; on n'aura pas démontré l'injustice de cet article 310 parce qu'on citera quelques décisions se séparant des idées consacrées par la majorité des jugements et des arrêts ; on ne peut pas rêver l'unité des opinions : il y aura toujours l'interprétation donnée par le plus grand nombre, et on verra en elle la meilleure, la plus exacte, et puis il y aura des opinions dissidentes : *errare humanum est* (2).

(1) Coulon, *Op. cit.*, p. 15.

(2) Il est bien certain que la Cour de cassation a, en matière de conversion de séparation de corps en divorce comme en toute autre, la mission d'assurer une application exacte et uniforme de la loi ; mais son action régulatrice se trouve ici entravée par la liberté d'appréciation que le législateur a volontairement laissée aux tribunaux sur l'opportunité de la conversion. Quand pourra-t-on dire, en présence des termes de l'article 310, qu'il y a contravention expresse au texte de la loi, fausse application ou mauvaise interprétation de la loi, donnant ouverture à cassation ?

Il y a des solutions qui nous paraissent incontestables, et nous

§ 3. — *Le pouvoir d'appréciation des tribunaux et la doctrine*

Dès 1885, M. Saint-Marc, dans un article toujours cité, indiquait les principales considérations qui devaient guider

estimons que, par application des principes généraux, doivent être cassées :

a) Les décisions qui admettent la conversion quand la séparation n'a pas encore duré trois ans et même celles qui accueillent avant l'expiration de ce délai une demande en divorce fondée sur les mêmes faits.

b) Les décisions dans lesquelles les juges modifieraient les effets de la conversion tels qu'ils résultent de la loi elle-même, c'est-à-dire changeraient certaines dispositions du jugement de séparation qui, ayant acquis l'autorité de la chose jugée et n'étant pas incompatibles avec la nouvelle situation faite aux époux par la conversion, ne peuvent être l'objet d'une révision et doivent être intégralement maintenues. Si, par exemple, ils prononçaient le divorce au profit du défendeur ou si la séparation ayant été prononcée aux torts réciproques des deux époux, le divorce n'était par voie de conversion prononcé qu'aux torts d'un seul. (Cass., 25 juillet 1892, D. 93.1.411; Cass. req., 11 février 1889, D. 90.1.225; Cass. req., 27 janvier 1891, D. 91.1.461); s'ils substituaient à la cause pour laquelle la séparation de corps a été prononcée une autre cause (Cass., 15 décembre 1896, D. 97.1.420).

c) Les décisions qui prononcent la conversion en ne s'appuyant que sur le fait de la séparation et sur le temps écoulé depuis le jugement : les juges, en effet, substituent ainsi la conversion obligatoire à la conversion facultative organisée par la loi.

d) Les décisions qui posent en principe que jamais l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée ne doit réussir dans une demande en conversion : ce principe est, en effet, en contradiction certaine avec la loi qui, dans l'article 310, reconnaît au défendeur la faculté de demander la conversion.

Toutes ces solutions sont généralement admises; dans toutes ces hypothèses — indiquées à titre d'exemple et non d'une manière limitative — la Cour de cassation use des pouvoirs qui lui sont accordés par la loi pour censurer les décisions illégales.

Mais nous arrivons à l'examen d'une question très délicate et spéciale au sujet qui nous occupe : quels sont les pouvoirs

le juge dans son appréciation sur l'opportunité de la conversion; cet auteur en citait deux :

1° L'intérêt social n'est-il pas assez faiblement engagé pour qu'il soit plus utile de maintenir la première union?

de la Cour de cassation sur les idées générales prises par les tribunaux comme principes directeurs de leur appréciation?

M. Labbé (note précitée, S. 86.1.193) a précisé le problème en des termes si excellents que nous ne pouvons mieux faire que de citer textuellement : « Si les magistrats de première instance ou d'appel s'élèvent indépendamment de la constatation des faits à des idées générales et directrices, s'ils se tracent en quelque sorte des lignes à suivre, s'ils restent dans nombre de causes fidèles à ces considérations morales qui les inspirent, est-ce que la Cour de cassation devra intervenir et censurer? Devra-t-elle essayer de les uniformiser? » A cette question, M. Labbé répond : « Non, nous ne le pensons pas. Elle devra s'abstenir... Cette diversité entre les cours, cette muabilité dans le sein de chaque cour en ce qui concerne les idées générales qui dominent les faits particuliers est fâcheuse;..... mais elle est la conséquence inévitable de la déplorable disposition écrite dans l'article 310. »

Nous ne partageons pas l'opinion de M. Labbé, du moins d'une manière aussi absolue. Nous sommes tenté de résoudre la question par une distinction dont le fondement nous paraît des plus juridiques : nous distinguerions suivant que les juges ont pris pour critérium de la légitimité de la demande en conversion des principes de droit ou de simples considérations de fait; dans ce dernier cas, leurs décisions seraient souveraines, mais dans le premier cas elles encourraient, à juste titre, le contrôle de la Cour suprême qui, en toute matière, doit assurer une exacte interprétation des lois : conformément à cette idée, tomberaient sous la censure de la Cour de cassation et devraient être cassées toutes les décisions qui rejettent la conversion en se fondant sur ce que les faits qui ont justifié la séparation de corps ne sont pas suffisants pour permettre la prononciation du divorce, alors que l'article 306 pose l'identité des causes de séparation et des causes de divorce, car il y a violation de la loi. Mais, au contraire, les juges pourraient en toute liberté, sans encourir le contrôle

2° N'y a-t-il pas des chances de réconciliation entre les époux?

Et il développait ces idées en ces termes : « Le juge, à notre avis, ne doit pas souffrir que l'on renouvelle devant lui le débat sur les faits anciens. Il ne peut tenir compte de ces faits qu'à un point de vue tout particulier, c'est-à-dire en tant qu'ils peuvent lui servir à apprécier l'impossibilité d'un retour à la vie commune et par conséquent la nécessité de convertir la séparation en divorce..... La seconde pensée qui doit guider le juge, c'est que l'intérêt social réclame la conversion du jugement par cela seul que l'un des époux la demande. Il a été bien reconnu que

de la Cour de cassation subordonner l'admission de la conversion à l'impossibilité d'une réconciliation, à la bonne conduite du défendeur postérieurement à la séparation; ce sont là des considérations de fait, extra-juridiques, et les juges pourraient, sans être inquiétés par la Cour suprême, s'attacher aux unes comme aux autres pour motiver leurs décisions. A notre avis, le pouvoir d'appréciation des tribunaux comporterait donc certaines limites : le contrôle de la Cour de cassation pourrait s'exercer si, pour admettre ou rejeter la conversion, les tribunaux s'appuyaient sur des considérations juridiques, et il n'aurait pas lieu de s'exercer si les juges puisaient leurs éléments d'appréciation dans des considérations de fait, dans des considérations morales par exemple. La solution de la question serait donc dans une distinction qui paraîtra peut-être subtile, mais qui est logique et juridique. La jurisprudence semble être en sens contraire : Cass., 11 janvier 1887. S. 88.1.374. Cependant il ne faut pas en exagérer la portée; beaucoup d'arrêts de cassation décident que les tribunaux et les cours ont toute liberté pour se décider « d'après les circonstances de la cause et la situation des parties »; or, les éléments qu'ils peuvent y puiser sont précisément des éléments de fait et ces décisions n'infirmeraient donc pas notre théorie (Cf. notamment Cass., 21 avril 1896. D. 96.1.551; S. 1900.1.396.)

la prolongation indéfinie de la séparation de corps contre le gré des époux était contraire à l'ordre public tel que le conçoit le législateur (1) ».

Au lendemain de la loi organisant la conversion facultative, M. Saint-Marc avait donc trouvé le critère auquel la jurisprudence devait définitivement s'arrêter et qui est la possibilité d'une réconciliation entre les époux. Nous reprocherions cependant à M. Saint-Marc de compliquer inutilement sa théorie par l'intervention de l'idée d'utilité sociale; en effet, ou bien il existe des chances de réconciliation, et alors on ne conçoit pas quel intérêt supérieur pourrait faire prononcer quand même la conversion; ou bien il n'y a plus aucun espoir de réconciliation, et alors la conversion sera prononcée sans qu'il soit besoin de faire intervenir aucune autre considération. Le critérium de la réconciliation nous semble, dans la théorie soutenue par M. Saint-Marc, tout ensemble nécessaire mais suffisant.

M. Massigli a développé des idées semblables (2); à son avis, l'esprit général de la loi porte à penser que l'idée d'une réconciliation doit être le principe directeur auquel les magistrats devront s'attacher : « L'attention des juges devrait se porter principalement sur ce point : existe-t-il des chances de réconciliation et de reprise de la vie commune? Les causes de la séparation, les conditions dans lesquelles les époux auraient vécu depuis, ne devraient entrer

(1) Saint-Marc, *Revue critique*, 1885, p. 230 et 231.

(2) Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 214.

en ligne de compte qu'à titre d'éléments d'appréciation permettant de résoudre la question (1) ».

Pour apprécier les solutions préconisées par ces auteurs, il faut noter qu'à leur sentiment, le critérium de la réconciliation est suffisant : même si la demande en conversion est formée par le défendeur il n'y a lieu de faire intervenir aucun autre principe ; et dans cette hypothèse s'il est établi qu'il n'existe aucune chance de réconciliation, la conversion devra être admise, même si l'absence de réconciliation est due à l'inconduite du défendeur, même s'il ne demande la conversion que pour épouser une concubine. M. Saint-Marc exprime cette opinion en des termes très nets : « L'indignité de la conduite du conjoint qui réclame le divorce ne devra donc pas être considérée comme un motif de lui refuser la conversion, elle devrait au contraire pousser le juge à la lui accorder parce qu'elle démontre l'impossibilité d'une réconciliation (2) ».

Cette opinion est inadmissible : les principes du droit et de la morale porteraient à refuser au défendeur la faculté de conversion, or, si au mépris de ces principes, on lui accorde ce droit, encore ne faudrait-il pas que cette faveur puisse devenir une prime à l'inconduite, et cependant c'est bien là l'aboutissement logique de la théorie de ces auteurs qui appliquent avec une rigueur automatique et aveugle leur critérium de la réconciliation : en effet, plus la con-

(1) Massigli, *Revue critique*, 1886, p. 216 et 217

(2) Saint-Marc, *Revue critique*, 1885, p. 232 et 233.

duite du défendeur sera répréhensible moins il y aura d'espoir de réconciliation et dès lors, en suivant la théorie de MM. Saint-Marc et Massigli, plus il aura de chances de triompher dans son instance en conversion. Nous ne pouvons pas souscrire à cette thèse qui nous semble, pour employer les expressions si fortes et si justes de M. Labbé, « d'un utilitarisme immoral et scandaleux ».

Notre avis a, d'ailleurs, été partagé par M. Planiol (1) : « Le législateur, écrivait-il, a voulu accorder même à l'époux coupable, le droit de sortir de cette situation pénible que crée la séparation de corps. Il a cru que l'état de liberté complète serait préférable et il lui a permis de demander le divorce. Son droit est donc fondé sur une raison d'utilité sociale qui ne doit céder que devant des raisons majeures.

« Ces raisons existent-elles ?

« Il y en a deux qui sont bien connues et que les auteurs de la loi nous ont indiquées eux-mêmes dans les travaux préparatoires. La première de toutes, c'est le désir de protéger les croyances religieuses de l'époux qui avait obtenu la séparation de corps et qui avait voulu s'en contenter parce que sa religion condamne le divorce, il serait injuste de le lui imposer pour des torts qui ne sont pas les siens (2).

(1) Planiol, *Revue critique*, 1887, p. 713 et 714.

(2) Cette solution serait excellente, mais nous croyons qu'elle est contraire aux intentions du législateur de 1884 : la séparation de corps étant presque toujours demandée par des catholiques, dont les croyances religieuses s'opposent au divorce, il en résulterait, si on suivait l'opinion de M. Planiol, qu'en fait le

Ensuite il est possible que la demande de conversion se présente sous un jour défavorable, si la conduite du demandeur (en conversion) continue à être scandaleuse ou odieuse, il échouera alors devant sa propre indignité (1) ».

D'après M. Huc (2) : « Les juges doivent rechercher uniquement si, d'après les circonstances de la cause et même les faits postérieurs au jugement de séparation, la réconciliation paraît encore possible ou non entre les deux époux. C'est l'opinion qui paraît l'emporter aujourd'hui

défendeur se verrait presque toujours refuser la conversion, ce qui est évidemment contraire à l'esprit de la loi.

(1) M. Planiol, dans son *Traité élémentaire de droit civil* (tome I, 4^e édition, 1906, p. 433 et 434) est moins affirmatif quant à cette seconde restriction : appréciant les décisions qui rejettent la conversion en invoquant la conduite répréhensible du défendeur postérieurement à la séparation, il écrit : « Il n'y a rien à dire contre ce motif puisque les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire ; mais il est directement contraire aux intentions du législateur, qui n'a accordé à l'époux coupable le droit de demander la conversion que pour lui permettre de ne pas vivre en concubinage ». Nous ferons deux observations : tout d'abord la première opinion de M. Planiol, soutenue par lui en 1887, nous paraît plus adéquate aux idées qui ont présidé à la transaction qui s'est faite sur le pouvoir d'appréciation des juges ; d'autre part, contrairement aux affirmations de M. Planiol, nous soutenons que la faculté de demander la conversion donnée au défendeur par le législateur pour qu'il ne vive pas en concubinage, lui a été accordée moins pour lui permettre de régulariser des relations illicites antérieures — avec ce but la disposition légale eut été socialement mauvaise — que pour lui permettre de fonder une nouvelle famille légitime ; les intentions du législateur, sur ce point, nous semblent certaines.

(2) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome II, p. 487 et 488.

dans la jurisprudence. Tout autre point de vue conduit à des solutions absolument arbitraires ».

M. Baudry-Lacantinerie (1) semble incliner vers une opinion qui serait la traduction des idées de M. Labiche : à son avis les magistrats auraient à apprécier si les faits jugés suffisants pour prononcer la séparation ont une gravité suffisante pour prononcer le divorce ; seulement, à la différence du rapporteur de la commission du Sénat, l'éminent jurisconsulte a vu et énuméré les objections que soulève cette idée.

Nous rappelons enfin l'opinion de M. Hitier (2) ; cet auteur estime que si la conversion est demandée par le défendeur, l'époux innocent peut s'opposer à son admission en arguant du préjudice pécuniaire qu'elle lui causerait, et notamment, si son conjoint est bénéficiaire actuel ou éventuel d'une pension civile et militaire, de la perte du droit à la réversibilité de la pension qui en serait la conséquence.

Ainsi la doctrine a, dès la promulgation de l'article 310, trouvé dans la possibilité d'une réconciliation le critérium auquel s'est définitivement arrêté la jurisprudence, après une expérience de près de vingt-cinq années, pour admettre ou rejeter la conversion. Mais la jurisprudence a élaboré une théorie plus souple, elle n'a pas appliqué son critère avec une rigueur inflexible, elle en a tempéré le principe

(1) Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, tome III, p. 229 et s.

(2) Hitier, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1895, p. 41.

par des idées plus équitables : si la demande en conversion émane du défendeur, il ne suffira pas, disent les tribunaux, de rechercher si tout espoir de réconciliation est perdu, il faudra en outre, pour le cas où celle-ci paraîtrait impossible, examiner si l'absence de réconciliation n'est pas imputable au défendeur lui-même qui l'a rendue impossible par la persistance ou l'aggravation de ses torts.

Les tribunaux qui, à la différence de l'Ecole, ne fondent pas leurs solutions sur des idées abstraites, mais trouvent, au contact de la réalité des affaires, des motifs de décision plus équitables, se sont rebellés à l'idée d'accueillir une demande où le défendeur invoque une impossibilité de réconciliation qui est son œuvre. La jurisprudence s'est montrée ici, plus que la doctrine, respectueuse des principes de l'équité et de la morale, elle a apporté à sa théorie un tempérament nécessaire.

§ 4. — *Examen critique du pouvoir d'appréciation des tribunaux.*

Après avoir vu l'usage que font les tribunaux du pouvoir d'appréciation que leur laisse l'article 310, il nous reste maintenant à en apprécier, en législation, l'opportunité.

Beaucoup pensent que l'expérience qui en a été faite pendant près d'un quart de siècle, suffit à le condamner. A l'appui de cette opinion on fait valoir les considérations les plus diverses : on a cru démontrer qu'il avait été la source d'une jurisprudence incohérente, que les plaideurs étaient, par son fait, livrés au bon plaisir et à l'arbitraire

des juges; on a aussi insinué que cette liberté d'appréciation était une innovation sans précédent dans notre droit. Ces critiques sont mal fondées; nous avons montré tout d'abord que la jurisprudence ne présente pas la diversité qu'on lui prête; quant à l'argument tiré de la crainte de l'arbitraire des juges il est sans valeur parce qu'il pourrait être présenté à l'occasion de beaucoup d'autres matières: y a-t-il nombre de textes si impératifs, si précis, si complets, qu'ils lient vraiment les magistrats; dans beaucoup de cas n'ont-ils pas à établir la périlleuse distinction entre la bonne et la mauvaise foi? Ne sont-ils pas appelés, d'après les théories nouvelles, à juger si le titulaire d'un droit a fait un usage normal, ou au contraire abusif de son droit? Dans toutes ces matières, et dans beaucoup d'autres, les plaideurs peuvent être le jouet de l'état d'esprit des juges qui projetteront dans la conscience des intéressés leurs propres états d'âme; à notre avis, la matière de la conversion n'est pas particulièrement dangereuse pour les plaideurs, ce n'est pas dans la loi qu'il faut chercher une garantie effective contre une mauvaise interprétation des lois et contre l'arbitraire des magistrats, c'est dans une saine éducation juridique, et le sentiment du devoir.

On reproche aussi au législateur de 1884 d'avoir innové en accordant une sorte de blanc-seing aux juges; ce n'est peut-être pas très exact. Les juges de paix aussi jugent en équité, leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours en cassation pour violation de la loi. De plus, c'est une remarque très importante à faire, en matière de conver-

sion celui qui a agi, n'a pas épuisé son droit, il peut, quelque temps après, revenir à nouveau devant les magistrats de première instance, ce qui atténue singulièrement la force des objections présentées contre cette liberté d'appréciation. Ce qui serait une innovation ce serait de supprimer ce pouvoir d'appréciation, de rendre la conversion obligatoire et de transformer le tribunal, assemblée délibérante, en une chambre d'enregistrement.

Enfin cette disposition légale est tout à fait conforme aux tendances juridiques les plus modernes : on a remarqué que le divorce avait un caractère pénal, que toutes les déchéances qui frappent l'époux coupable (1) sont fondées sur l'idée de peine, or si en droit civil l'évolution tend vers une objectivité toujours plus grande, en droit pénal au contraire, les tendances actuelles sont dans le sens d'une individualisation de la peine (2). Nous croyons donc que le pouvoir d'appréciation laissé aux juges en matière de conversion de la séparation de corps en divorce n'est pas, dans notre droit, une anomalie, mais constitue une disposition tout à fait conforme aux tendances de la conscience juridique actuelle.

(1) La terminologie elle-même : époux *coupable*, époux *innocent*, décèle ce caractère pénal.

M. Planiol, *Traité élémentaire*, déjà cité, tome I, p. 413 dit : « La privation des avantages matrimoniaux, comme la révocation des donations pour ingratitude, est une pénalité civile frappant l'époux qui porte la responsabilité morale du divorce ».

(2) Garraud, *Précis de droit criminel*, 8^e édition, Paris, Larose, 1903, in-8°, p. 17 ; Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris, Alcan, 1898, in-8°.

Si, à toutes ces considérations d'ordre juridique, il fallait apporter des arguments de fait en faveur du maintien de cette liberté d'appréciation des juges, nous ne serions pas embarrassé pour indiquer des cas où l'obligation pour les tribunaux d'accueillir la conversion aboutirait à des conséquences fâcheuses pour l'intérêt des plaideurs et pour la conscience des juges; ne serait-il pas pénible pour les magistrats et contraire à l'intérêt des parties de prononcer la conversion sur la demande du défendeur subissant le joug d'une influence mauvaise et passagère; et même si la demande émane du demandeur, elle peut être le résultat d'un mouvement de colère momentané, et si tout espoir de réconciliation n'est pas perdu n'est-il pas préférable que les juges puissent repousser cette demande et permettre ainsi à l'action du temps de poursuivre son œuvre bien-faisante de paix et de pardon?

Ce ne sont pas là des considérations théoriques, il serait facile de trouver des applications concrètes (1).

(1) Cf. *J. off.*, 1896. Sénat: Séance du 16 novembre. M. ÉMILE LABICHE : « Tout à l'heure mon collègue et ami M. Volland me citait, à cet égard, l'exemple d'une jeune femme, d'une conduite absolument irrégulière, contre laquelle la séparation avait été prononcée. Après trois ans elle intentait, *malgré son père*, et sans songer à ses enfants, une demande de conversion de la séparation en divorce. Le mari était-il catholique ou protestant, je n'en sais rien. Mais si la conscience religieuse n'était pas en jeu, le mari avait pour s'opposer au divorce, le motif le plus légitime: l'intérêt de ses enfants. Si le divorce eût été prononcé, la femme reprenait la disposition de sa dot, et, père, mari, enfants savaient qu'elle eut été promptement dissipée. Heureusement la loi de la Chambre n'était pas votée, les magistrats étaient là pour apprê-

Mais, dira-t-on, il y a là des hypothèses très rares et si, dans certains cas, la conversion obligatoire aboutit à des résultats fâcheux, leur caractère exceptionnel permet au législateur qui statue *de plerumque fit* de les négliger; l'argument aurait sa valeur si les juges usaient largement de la faculté que la loi leur confère, pour rejeter les demandes en conversion, mais il est établi qu'ils en font un usage très modéré; il résulte des statistiques (1) que la proportion des conversions a toujours dépassé 90 p. 100 et a même atteint certaines années 95 p. 100, nous en concluons que les tribunaux ne rejettent, en effet, les demandes en conversion que très rarement et dans les cas seulement où la morale et l'équité dictent cette solution. D'ailleurs la Société d'études législatives qui a incidemment été appelée à traiter de cette question en s'occupant de « l'extension

cier! Pourquoi voulez-vous leur retirer le droit d'apprécier? Moi aussi, j'ai été, comme M. Volland, témoin d'un cas dans une circonstance à peu près semblable; la demande était faite par un vieillard, porteur d'un nom historique, qui se trouvait sous l'empire d'une intrigante qui abusait de la faiblesse de son esprit. La séparation de corps avec l'épouse durait depuis trente ans, une séparation sans nuages. Le vieillard demandait la conversion de la séparation en divorce, pourquoi? Pour épouser la femme sous l'empire de laquelle il se trouvait et pour donner un nom, honorablement porté par ses fils, officiers de l'armée, à une série d'enfants qui n'auraient eu rien de commun avec le malheureux vieillard. Un tribunal de Seine-et-Marne a refusé avec raison la transformation de la séparation en divorce à cause de la situation des parties et en considération des intérêts de famille qui auraient été compromis. La décision du tribunal était donc justifiée par un intérêt respectable pour tout le monde, bien que les considérations religieuses y fussent restées étrangères ».

(1) Rol, *L'évolution du divorce*, Paris, 1905.

des causes du divorce » — sujet qui a été l'occasion d'un très intéressant rapport de M. Tissier et a donné lieu à une discussion approfondie entre personnes compétentes — s'est prononcée pour le maintien de la rédaction actuelle de l'article 310. « Il est juste, d'ailleurs, écrivait le rapporteur, que les tribunaux aient à apprécier la moralité de la demande en conversion qui leur est soumise. »

De cette longue étude sur le pouvoir d'appréciation des tribunaux en matière de conversion, nous nous croyons autorisé à conclure que, n'en déplaise à certains esprits partisans, avant examen, de toutes les réformes qui tendent à l'élargissement du divorce, l'expérience n'a point été défavorable à cette disposition légale; elle permet une application raisonnée de la loi, toujours préférable à une application automatique et susceptible, grâce au tact et à la sagesse de la magistrature, de donner satisfaction à la morale et à l'équité.

CHAPITRE IV

SYSTÈME DE LA PROPOSITION DE LOI ADOPTÉE PAR LA CHAMBRE
DES DÉPUTÉS LE 24 JANVIER 1907 (1)

Section première. — Historique

Au lendemain de la loi organisant la conversion facultative, en 1886, M. Naquet présentait au Sénat une proposition établissant la conversion obligatoire (2), qui fut rejetée sur l'intervention de M. de Marcère demandant

(1) Cette proposition de loi, n'étant que la reprise d'une proposition identique votée par la Chambre en 1893, nous avons cru préférable d'en placer l'étude avant l'examen de la proposition adoptée par le Sénat en 1896, en réponse à la proposition qui lui était transmise par la Chambre.

(2) L'expression la plus rigoureusement exacte pour qualifier le système d'après lequel le Tribunal doit s'incliner devant la volonté de la partie qui demande la conversion serait l'expression : *conversion de droit*. Cependant on préfère l'appeler système de la conversion *obligatoire* ou *automatique*, et pour des personnes mal averties ce terme peut éveiller l'idée d'un système où, après trois ans, la séparation de corps serait convertie en divorce, sans l'intervention des parties et par le seul fait de leur non-réconciliation ; cependant il faut distinguer entre ces expressions : les termes de *conversion obligatoire* ne sauraient créer de confusion, car d'une part ils ont acquis par l'usage un sens très déterminé, et d'autre part il suffit pour en éclairer le sens de parler de conversion obligatoire *pour le tribunal* ; mais l'expression de *conversion automatique* prêterait davantage à équivoque.

de laisser à l'expérience de la conversion facultative le temps de se poursuivre (1).

Cet échec ne découragea pas l'initiative parlementaire : le 28 octobre de la même année (1886), M. Saint-Martin (Vaucluse) reprenait à la Chambre des députés la même proposition, mais elle ne connut pas la discussion (2). Pendant la législature suivante M. Jullien faisait adopter par la Chambre une proposition qui portait aussi établissement de la conversion obligatoire (3), mais elle fut repoussée en 1896 par le Sénat. A la séance du 22 février 1897 l'honorable député déposait un rapport ayant le même objet. Enfin à la séance du 12 novembre 1906, M. Maurice Viollette déposait sur le bureau de la Chambre son rapport sur la proposition de loi adoptée par le Sénat en 1896, tendant à modifier l'article 310 ; le 24 janvier 1907, la Chambre des Députés était appelée à se prononcer et après déclaration d'urgence elle adoptait un texte conforme à ceux votés dans les précédentes législatures et organisant la conversion obligatoire (4).

(1) *J. off.*, 1886. Débats parlem., Sénat, p. 618, 1124-1135, 1135-1147.

(2) *J. off.*, 1886. Débats parlem., Chambre, p. 1679 et s.

(3) *J. off.*, 1893. Débats parlem., Chambre, p. 2261.

(4) Pour comprendre cette succession de propositions ayant un objet identique (la conversion obligatoire), il n'est pas inutile de rappeler qu'avant la décision du Sénat du 10 décembre 1897 modifiant l'article 127 de son règlement, la pratique parlementaire avait décidé que toute proposition de loi émanée de la Chambre des députés et votée par elle devenait caduque si elle n'avait pas été adoptée par le Sénat avant la fin de la législature. Cette solution était fondée sur un raisonnement juridique emprunté au

Section deuxième. — Examen critique des travaux préparatoires.

1^o RAPPORT DE M. VIOLETTE (1). — La commission chargée d'examiner la proposition de loi adoptée en 1896 par

droit privé : le vote de la loi était un contrat conclu entre les deux Chambres; on en concluait que leurs volontés devaient se rencontrer comme celle de deux contractants. Or, si une personne propose à une autre de contracter dans de certaines conditions, si la première meurt avant que la seconde ait accepté, l'offre qu'elle avait émise devient caduque et ne peut plus être utilement saisie par celle à qui elle était adressée. Voilà pourquoi le vote émis par la Chambre des députés devenait caduc lorsqu'elle mourait par le renouvellement intégral ou par la dissolution avant que le Sénat y eût joint son vote. Après une nouvelle étude de la question en 1894, le Sénat adopta une solution toute différente pour le cas du moins de renouvellement intégral de la Chambre et non de dissolution : désormais les votes émis par la Chambre en matière de législation conservent comme ceux du Sénat une valeur juridique *définitive et indéfinie*. On justifie cette solution en faisant appel aux principes de droit public en matière de fonctions. Tout acte régulièrement accompli par un fonctionnaire, par une autorité quelconque dans l'exercice de ses fonctions, conserve sa valeur, alors même que le fonctionnaire disparaîtrait par mort ou destitution avant que l'acte accompli fût parfait, avant qu'ait pu intervenir la décision d'une autre autorité nécessaire pour le rendre définitif. Or, la Chambre des députés est une des deux autorités qui exercent la fonction législative. Dès qu'elle a statué définitivement, en qualité de législateur, elle a pour cet objet épuisé sa fonction et l'acte qu'elle a accompli prend une valeur définitive et indéfinie. (D'après Esmein : *Éléments de droit constitutionnel*, 1903, p. 780 et s.) Nous nous contentons d'exposer les théories qui ont successivement prévalu, leur examen critique nous entraînerait en dehors de notre sujet.

(1) *J. off.*, 1906. Documents parlem., Chambre, Annexe n° 417.

le Sénat avait nommé pour rapporteur M. Maurice Viollette; celui-ci déposa son rapport le 12 novembre 1906.

L'honorable député après avoir brièvement rappelé les différentes rédactions de l'article 310, indique celle qui a rallié les suffrages de la commission et qui est ainsi conçue : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux..... » Puis M. Viollette s'efforce de justifier le système de conversion ainsi établi, par des considérations de tous ordres. Il commence — nous allons ajouter, naturellement — par une description fantaisiste de la jurisprudence, au lieu de la présenter dans son ordre chronologique, ce qui eût permis d'en saisir l'évolution et ses tendances vers l'unité; les exemples sont pris pêle-mêle, et l'honorable député qui réclame en 1907 une réforme législative destinée à régir l'avenir, sans aucune rétroactivité, n'hésite pas à faire état de décisions rendues en 1886 et 1887. Puis viennent les arguments d'ordre juridique en faveur de la conversion obligatoire. M. Viollette invoque à titre de précédent, la réforme introduite par la loi de 1886 qui accorde le droit de faire transcrire le jugement de divorce non seulement à l'époux innocent mais encore à l'époux coupable. Cette analogie, que le rapporteur qualifie de saisissante, n'existe, à notre avis, que pour ceux qui ignorent les travaux préparatoires de la loi de 1886, comme nous nous efforcerons de le démontrer ultérieurement : la conversion intéresse le fond du droit, l'article 252 tel qu'il résulte de la loi de 1886 vise

une question de procédure. Enfin le rapporteur fait valoir des considérations de fait qui font surtout honneur à son imagination et que notre désir d'être complet et aussi de combattre les idées de nos contradicteurs avec leurs propres armes nous font un devoir de citer : « La vérité c'est que c'est une vue tout à fait simpliste de ne consentir à considérer quand la séparation de corps est prononcée, que les deux conjoints séparés. Ce n'est en effet que par une fiction de la loi que dans cette hypothèse le mariage continue avec toutes ses obligations y compris le devoir de fidélité. En fait, quand chacun des époux a repris sa liberté, même au moyen de la séparation, il ne tarde pas le plus souvent à se refaire un foyer. *Et s'il ne le fait pas, il n'est pas très certain que la société ait à s'en féliciter....* D'ailleurs quel que puisse être le parti pris — un peu hypocrite — d'ignorer ces situations, le législateur vient cependant de commencer à se résigner à les apercevoir. Il a abrogé, en effet, l'article 298 qui interdisait au conjoint divorcé le droit de se remarier avec son complice (1). En fait, assez souvent,

(1) On se plaît à présenter cette réforme comme une des manifestations de l'intention du législateur actuel de renoncer à intervenir pour protéger la dignité de la famille. Nous croyons que l'on ajoute aux intentions du législateur ; ce qui nous semble vrai, c'est que le législateur abandonne certaines dispositions qui avaient été considérées comme préventives et qui, à l'usage, se sont montrées tout à fait inefficaces. Il en est ainsi notamment de cette prohibition de mariage entre l'époux adultère et son complice ; d'abord la loi du 16 décembre 1904 abrogeant l'article 298 venait confirmer une pratique jurisprudentielle déjà ancienne : les tribunaux désignant par X ou par Y le complice de l'adultère on ne pouvait plus appliquer l'article 298. Puis, à notre avis, cet

dans les grandes villes surtout, le complice du conjoint adultère, ignore l'état de mariage. Surtout lorsque la séparation de corps existe, et depuis un certain temps, c'est avec la plus entière bonne foi, chez l'un d'eux au moins, que s'établissent des unions *qu'il serait d'un autre temps de qualifier de coupables*. Le fait qu'un époux abandonne l'autre époux, et que, par le moyen de la séparation de corps, il lui rend toute liberté, *le constitue responsable* dans une large mesure *de l'erreur des tiers* auxquels la situation de séparation de corps a été dissimulée et qui, sur la promesse d'une régularisation ultérieure, ont consenti à suivre la voie où les portaient leurs penchants et leurs inclinations. Il n'est pas paradoxal de soutenir que, par le fait qu'un époux a obtenu à son profit la séparation de corps, cela ne lui donne pas le droit de condamner à perpétuité et pour la vie son conjoint au célibat et à la chasteté. Mais il est encore bien plus évident qu'il ne peut pas éternellement,

article a été abrogé parce que l'expérience a montré qu'il consacrait une rigueur inutile : on a reconnu que l'impossibilité de régulariser la situation créée par l'époux adultère n'avait pas la vertu préventive qu'on lui croyait. Mais par cette réforme le législateur n'a pas voulu — ou du moins cette intention ne ressort pas de la loi — abdiquer le rôle de réformateur des mœurs, en tant que la société est intéressée au maintien des bonnes mœurs. Certains esprits vont même jusqu'à penser que l'abrogation de cette prohibition de mariage entre l'époux adultère et son complice aura pour conséquence de diminuer le nombre des adultères; le législateur aurait fait de l'homéopathie. (Cette idée a été développée dans une pièce récente: *Chacun sa vie*,⁸ par Gustave Guiches et P.-B. Gheusi). *Sur l'abrogation de l'article 298*, lire dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, un article de M. Paul Appleton.

abrité derrière son jugement de séparation de corps, tenir en échec le droit certain d'un tiers à obtenir la régularisation d'une situation que ce dernier n'a acceptée que parce qu'une liberté de fait l'incitait à croire à une liberté de droit ».

Le raisonnement de M. Viollette nous paraît tout à fait erroné. A lire cette partie de son rapport ne croirait-on pas que l'époux qui a obtenu le jugement de séparation soit le seul qui ne mérite aucune considération: « Le fait qu'un époux [l'époux innocent] *abandonne* l'autre époux... le constitue *responsable* dans une large mesure de l'erreur des tiers ». Vraiment ce langage est déconcertant; comment soutenir qu'un époux qui a usé d'une faculté légale, du droit de demander la séparation de corps, parce que son conjoint l'a maltraité, l'a injurié, ou l'a trahi, puisse être rendu responsable des relations immorales et illicites qu'il plaît à cet époux d'entretenir avec un tiers. Quant au tiers, il peut être regrettable qu'il se soit laissé ainsi tromper, il pourra peut-être réclamer à celui qui a abusé de sa crédulité des dommages-intérêts, mais il est inexact de dire que l'époux qui a obtenu la séparation « ne peut tenir en échec le *droit certain* d'un tiers à obtenir la régularisation d'une situation que ce dernier n'a acceptée quelquefois que parce qu'une liberté de fait l'incitait à croire à une liberté de droit ». Le tiers peut avoir quelque droit à faire valoir contre celui qui lui a causé un préjudice mais non contre une personne à la charge de qui on ne peut relever aucune faute. Une pareille argumentation est con-

traire aux principes les plus élémentaires du droit et de la morale.

2° LES DÉBATS A LA CHAMBRE. — Dans la séance du 24 janvier 1907 (1) la Chambre abordait la discussion de cette proposition de loi tendant à l'établissement de la conversion obligatoire. L'urgence déclarée, la discussion est ouverte par M. Léonce de Castelnau. L'honorable député attaque vigoureusement le texte de la commission, il soutient que son résultat serait « de mettre le mariage au-dessous de tous les autres contrats qui, eux du moins, ne peuvent être rompus que par la volonté expresse et bilatérale des deux parties..... La volonté d'un seul opérera *de plano*, de plein droit, la rupture du lien; et la rupture se produira — c'est le cas ordinaire — alors même que cette manifestation de volonté émanera de l'époux indigne, de celui qui a commis la faute qui a amené la distension du lien conjugal..... Il ne serait pas possible, en matière ordinaire, qu'une partie put de sa seule volonté, dissoudre un contrat que l'autre voudrait exécuter ». L'orateur examine aussi l'argument tiré des divergences constantes de la jurisprudence et il déclare « que tout cela est parfaitement possible. On se trouve, dit-il, veuillez le remarquer, sur cette question, en présence d'espèces. Evidemment chaque fait, chaque espèce fait son cas, se présente avec une physionomie particulière, des traits parfois

(1) *J. off.*, 1907. Débats parlam., Chambre, p. 146.

très délicats, très difficiles à saisir, mais particuliers et originaux, c'est ce qui explique de la part de la jurisprudence, certaines divergences apparentes. Il est très difficile, en effet, en pareille matière, de poser, vous le pensez bien, des principes d'ordre général ». A M. de Castelnau succède M. Lasieš qui insiste presque exclusivement sur le caractère immoral de la loi qui donnera « droit et raison à l'époux indigne contre l'époux innocent ». Il invoque aussi l'intérêt des enfants qui est lié à un espoir de réconciliation qui n'existe qu'autant que subsiste la séparation.

Après quelques mots de M. Massabnan, la parole est donnée à M. Maurice Violette; l'honorable rapporteur se défend d'abord du reproche qui lui a été adressé d'instituer le divorce par la volonté d'un seul des conjoints: « J'entends bien, dit-il, que la conversion pourra être demandée par un seul et, avec la conversion automatique, pourra être imposée par un seul; mais, ce que la Chambre ne peut pas oublier, c'est que cette conversion procèdera d'un jugement de séparation de corps qui, lui, ne sera pas le résultat de la volonté persévérante d'un seul ». Puis M. Violette répond à ceux qui regardent comme injuste de permettre à l'époux coupable d'imposer à l'époux innocent un état juridique dont il ne voulait pas: « Il n'est pas possible, dit-il, que le conjoint, que des scrupules religieux empêchent de demander le divorce puisse contraindre son autre conjoint qui peut ne pas partager ses convictions religieuses à rester indéfiniment dans l'état de séparation ».

Enfin, l'honorable rapporteur en arrive à un argument qui semble avoir fait grande impression sur l'assemblée et qui est tiré de la loi du 18 avril 1886. D'après la loi de 1884 le dernier mot, avant de rendre le divorce définitif, appartenait à l'époux bénéficiaire du jugement et à lui seul; c'est ce qui résultait des articles 264 et 266 ainsi conçus: Article 264: « En vertu de tout jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, qui autorisera le divorce, *l'époux qui l'aura obtenu*, sera obligé de se présenter, dans le délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée, pour faire prononcer le divorce ». Article 266: « L'époux demandeur qui aura laissé passer le délai de deux mois ci-dessus déterminé, sans appeler l'autre époux devant l'officier de l'état civil, sera déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pourra reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle; auquel cas il pourra néanmoins faire valoir les anciennes causes ». Il résultait de ces dispositions légales que, même après le jugement, l'époux innocent restait encore le maître exclusif d'en arrêter les effets. En 1886 on substitua à ces articles deux articles ainsi rédigés. Article 251: « Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.. ». Article 252: « La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce; à cet effet, la décision est signifiée dans un délai de deux mois, à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent pour être transcrite sur

les registres... A défaut, par la partie qui a obtenu le divorce, de faire la signification dans le premier mois, *l'autre partie* a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant. A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenue...».

La loi de 1886 opérerait donc deux réformes : d'une part elle substituait la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil à la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, d'autre part elle donnait le droit d'exiger la transcription aux deux époux, au conjoint coupable comme au conjoint innocent. De ces deux innovations la seconde seule nous intéresse : il est nécessaire d'en dégager le sens et la portée. A en croire M. Viollette il y aurait eu là une réforme intéressant le fond du droit, opérée dans l'intérêt du conjoint coupable, et qui aurait engagé la réforme de l'article 310 actuellement préconisée ; en effet le législateur de 1886 ayant accordé à l'époux coupable le droit de transcrire le jugement de divorce nonobstant les résistances du conjoint innocent, il fallait aujourd'hui permettre à l'époux coupable d'imposer par la conversion le divorce à l'époux innocent. C'est bien le raisonnement de M. Viollette qui conclut ainsi : « De par la loi de 1886 celui-ci [l'époux contre lequel le jugement a été rendu] va avoir le droit de rendre le divorce opérant, même contre la volonté de son conjoint. Nous ne faisons pas une chose plus grave... ».

A notre avis, l'honorable rapporteur, méconnaît les in-

tentions du législateur de 1886; il résulte en effet des travaux préparatoires de cette loi que le législateur a entendu faire, en 1886, une réforme de procédure, destinée à mettre la matière du divorce en harmonie avec les principes généraux du droit commun, et en faveur de laquelle militaient des raisons de fait qu'on ne retrouve pas en matière de conversion; jamais cette réforme n'a eu pour but de favoriser l'époux coupable. Pour mieux montrer la vérité de notre affirmation, nous avons extrait les passages les plus suggestifs des débats auxquels a donné lieu cette réforme devant le Sénat (1). M. Léon Renault a très nettement indiqué les considérations de fait et de droit qui guidaient le législateur: « Il a convenu, disait-il, à l'époux demandeur de traîner son conjoint jusqu'aux dernières limites de la déconsidération, de lui infliger toutes les souffrances morales, toutes les dégradations sociales qui peuvent résulter des constatations inscrites dans un jugement et un arrêt. Il a été implacable, dans sa procédure il les a poussées jusqu'au bout. Je dis qu'il ne peut dépendre de lui seul d'effacer des choses ineffaçables. Vouloir enlever à l'époux défendeur dans une situation comme celle qu'a volontairement créée l'époux demandeur le droit de faire, lui aussi, produire au jugement ses effets légaux ce serait monstrueux. Vouloir le maintenir, époux perdu, déconsidéré, flétri aux regards de ses enfants, sous

(1) *J. off.*, 1885. Débats parlem., Sénat, p. 1260-1270; 1273-1286; 1295-1306; 1354-1363; 1368-1372.

la main, sous l'autorité, sous le toit de cet époux vainqueur qui vivra auprès de lui son jugement ou son arrêt à la main, ce serait oublier, ce serait méconnaître l'ensemble des droits et des devoirs sur lesquels repose la société conjugale de notre pays..... *Cette disposition est toute de procédure, elle ne change rien au fond du droit.* Elle tend simplement à appliquer à la matière du divorce une règle appartenant, comme le rappelait l'honorable M. Griffe, au droit commun, elle tend à établir, que dorénavant *en matière de divorce comme en toute matière*, le jugement que le demandeur a voulu obtenir, qu'il a poursuivi jusqu'au bout, ne sera pas sa propriété exclusive, qu'il profitera au défendeur aussi bien qu'à lui » (1).

Nous nous croyons autorisé à conclure que M. Viollette se trompe quand il invoque la réforme de 1886 en faveur du droit à la conversion obligatoire accordé même à l'époux coupable. A notre avis il n'y a aucun rapprochement à faire entre ces deux réformes : l'une intéresse la procédure, l'autre vise le fond du droit puisque la conversion tend à modifier l'état des personnes. De plus

(1) *J. off.*, 1885. Débats parlem. Sénat, p. 1301; cf. p. 1302, l'argumentation juridique reprise par M. Griffe qui s'exprime ainsi : « Ce qui fait le droit des intéressés ce n'est pas la transcription, c'est la décision judiciaire elle-même irrévocable; une décision judiciaire d'après le droit commun, profite à toutes les parties sans aucune distinction. Ce principe s'applique aux jugements et arrêts rendus en matière de séparation de corps; cela est admis sans contestation par la jurisprudence. Pourquoi le même principe ne régirait-il pas la matière du divorce? Je ne vois pas de motif sérieux de distinction. »

en matière de conversion on ne trouve plus l'application des arguments qui militaient en faveur de la réforme de 1886 et que faisait valoir M. Renault. En 1886, la question se posait de savoir si les deux époux pourraient rendre le jugement de divorce opérant, or ici la question est toute différente: il est bien admis que l'époux coupable peut faire produire au jugement de séparation tous ses effets mais la conversion n'est pas un des effets du jugement de séparation puisqu'elle a pour résultat de l'anéantir; c'est mal raisonner que d'assimiler ces deux hypothèses (1).

Quant aux considérations de fait invoquées en 1886 elles ne sauraient trouver place ici; en effet puisqu'il y a séparation de corps, l'époux innocent même s'il ne demande pas la conversion, ne peut pas songer à imposer à son conjoint la situation intolérable d'une vie sous le même toit et sous son autorité, après lui avoir infligé toutes les humiliations et toutes les flétrissures (2).

L'argument sur lequel a insisté M. Viollette dans son rapport et au cours de la discussion, et qui a pesé très fort dans la décision de la Chambre, nous paraît tout à fait erroné, et à l'examiner de près il ne reste rien de « l'analogie saisissante » qu'avait cru découvrir l'honorable rapporteur et dont il a fait, non sans succès, grand état.

(1) M. Viollette a cependant fait cette assimilation: Débats parlem., Chambre, *J. off.*, 25 janvier 1907, p. 150, c. 1.

(2) Arguments présentés par M. Renault, en 1886. *Cf.* p. 93 et 94.

Enfin M. Viollette insiste sur l' « état chaotique » de la jurisprudence. Il se plaint de voir la jurisprudence refuser de prononcer la conversion quand la demande est formée par l'époux coupable qui a aggravé ses fautes : « Si précisément la conversion a une possibilité, une raison d'être, c'est d'autoriser l'époux adultère à pouvoir contracter une union et régulariser une situation que la société n'a point à maintenir irrégulière. Il me paraît qu'il est impossible de qualifier de « désordres », comme le fait la Cour de Nice, la préoccupation chez une personne de régulariser sa situation ; s'il veut se marier, il me paraît que c'est une raison de plus pour ordonner la conversion. L'intérêt de la société c'est qu'il se marie, et j'ose dire que c'est aussi l'intérêt de la morale... Il me paraît que la morale n'a pas autrement à se féliciter de voir des relations irrégulières se maintenir à côté d'une situation légitime que vous laissez vaguement subsister par le fait de la séparation de corps. Le scandale est plus grand d'une situation irrégulière à côté d'une situation légitime, même distendue, que celui qui peut résulter de deux situations qui se régularisent après le divorce » (1).

C'est là une argumentation qui n'aurait pas été du goût de M. Labbé et qui nous semble pleine de dangers ; évidemment le procédé vanté par M. Viollette pour supprimer les relations adultérines illicites est très simple et très radical : il consiste tout simplement à anéantir le mariage

(1) *J. off.* 1907. Débats parlem., Chambre, p. 151, c. 1, *in fine* et 2.

dans les liens duquel se trouve l'époux adultère. L'honorable rapporteur nous permettra sans doute de considérer ce moyen comme trop simpliste : rayer le délit (1) pour qu'il n'y ait pas de délinquants, c'est un moyen très efficace, à n'en pas douter, d'abaisser la courbe de la criminalité ! Sans doute, si on raye de notre Code le droit de propriété individuelle, il n'y aura plus de voleurs, mais il y aura beaucoup plus de gens qui s'approprieront le bien d'autrui et la réforme ne nous paraîtrait pas socialement recommandable. Mais arrêtons là notre appréciation de la thèse de l'honorable rapporteur, on nous accuserait de la vouloir railler.

Et maintenant que reste-t-il de cette savante justification de la conversion obligatoire ? Au souffle de la critique, tous les arguments de l'honorable rapporteur, subtils et habilement aménagés, ont été successivement emportés, pour faire place à une conception exacte, dégagée des principes supérieurs de la morale et de l'équité.

Après la défense du projet de la commission présentée par M. Viollette, M. Joseph Monsservin ajoutait à toutes les critiques précédemment développées une critique d'ordre juridique ; il faisait remarquer que le système de la conversion obligatoire transformerait le tribunal en une chambre d'enregistrement, qu'il y avait là une innovation sans précédent et une innovation malheureuse. M. le rapporteur

(1) C'est bien rayer le délit que de supprimer les conditions qui lui permettent de se réaliser.

lui répondit qu'il existait dans nos Codes une disposition législative identique : dans le cas de révocation d'une d'une donation pour survenance d'enfant, le tribunal n'a aucun pouvoir d'appréciation, la décision est automatique. A notre avis, cette objection n'est pas péremptoire ; en effet, on ne peut pas assimiler ces deux hypothèses : en matière de révocation d'une donation pour survenance d'enfant, on ne conçoit pas la possibilité d'une appréciation quelconque ; la naissance d'un enfant est un fait matériel ; au contraire, en matière de conversion, il y a une substitution d'une situation juridique à une autre, créant un conflit d'intérêts moraux et on peut légitimement penser qu'il y ait lieu d'apprécier l'opportunité de cette mesure.

Après une nouvelle intervention de M. de Castelnau et une explication demandée par M. Suchetet à laquelle répond M. Viollette, la Chambre décide de passer à la discussion des articles.

On discute alors un contre-projet de M. Veber sur la suppression de la séparation de corps ; ce contre-projet, après discussion et avec le consentement de son auteur, est renvoyé à la commission. M. Haguenin développe ensuite un amendement tendant à porter le délai d'attente de trois ans à deux ans ; il est repoussé par la Chambre sur avis conforme de la commission et du gouvernement.

MM. Lasies et Lerolle, reprennent, sans succès, à titre d'amendement, la rédaction proposée par le Sénat. Après la discussion d'une proposition de M. Tenting relative à la procédure des contestations qui pourront s'élever lors

de la conversion sur la garde des enfants ou sur la pension alimentaire, et repoussée par la Chambre, on vote sur l'ensemble de la loi qui est adopté par 379 voix contre 169.

Section troisième. — Examen critique de la conversion obligatoire

Au cours de notre examen des travaux préparatoires, nous avons apprécié et réfuté les divers arguments apportés à l'appui du système de la conversion obligatoire. C'était la partie négative de la critique que nous voulons faire de cette proposition actuellement soumise à l'étude du Sénat. Notre intention est de montrer que la conversion obligatoire modifie le régime de la séparation de corps jusque dans sa nature et qu'elle est en contradiction avec l'esprit général de la législation en la matière.

Le principe même de la conversion a déjà pour résultat de modifier le caractère de la séparation de corps telle qu'elle devrait exister en ayant égard aux considérations qui l'ont fait inscrire dans notre Code. Il n'est pas douteux que c'est par respect pour la liberté de conscience des citoyens — et plus particulièrement des catholiques — que la séparation de corps a été introduite dans notre législation; on a voulu permettre à ceux qui voient dans le mariage une union indissoluble de sortir d'une situation de fait qui a pu devenir intolérable, sans briser au point de vue juridique le lien matrimonial, et par conséquent sans porter atteinte au principe de l'indissolubilité. La con-

séquence de cette raison d'être de la séparation de corps, c'est qu'elle devrait constituer une voie parallèle au divorce, ayant le même but de fait; elle devrait donc, comme le divorce, être un état complet et définitif. Or, avec la conversion, on s'écarte singulièrement de cette conception, on fait de la séparation un état juridique provisoire et essentiellement précaire, puisqu'il suffira de la volonté de l'un ou de l'autre époux pour l'anéantir. La conversion facultative laisse du moins aux parties la possibilité d'un débat contradictoire où l'on pourra peser tous les intérêts en jeu, le fonctionnement intelligent du pouvoir d'appréciation des juges permet de sauvegarder, dans une certaine mesure, les principes de la morale et de l'équité. Mais il en va bien autrement avec la conversion obligatoire; la séparation de corps n'est plus qu'une étape vers le divorce, elle en est le prélude presque fatal, puisqu'il suffira de la volonté du plus indigne pour substituer le divorce à la séparation. En réalité, la séparation est absorbée par le divorce, il n'y a plus que le divorce, seulement il y a le divorce immédiat et le divorce à terme, celui-ci fonctionnant par la volonté d'un seul des époux (1).

Mais alors pourquoi employer ce moyen détourné? Si

(1) M. Jules Simon disait, en 1884, au Sénat (séance du 24 juin), lors de la discussion de la proposition de conversion obligatoire transmise par la Chambre : « Non! la séparation de corps que vous maintenez est une chimère, c'est un trompe-l'œil à l'aide duquel vous cherchez à faire illusion. Non, il n'y a dans votre proposition que le divorce immédiat ou le divorce au bout de trois ans, il n'y a pas autre chose. »

on juge que la séparation de corps est une institution surannée, il faut la supprimer purement et simplement. Le moins qu'on puisse demander au législateur c'est d'être logique, c'est d'être loyal. C'est ce que disait au Sénat, avec une autorité et une indépendance d'esprit remarquables, M. Paul Devès quand il combattait, comme rapporteur, le système de la conversion obligatoire : « Si je parle ainsi, disait-il, c'est pour ne pas permettre qu'une législation qui paraît claire devienne ambiguë, et qu'à côté de la proclamation solennelle de la séparation de corps, on vienne introduire *clandestinement*, comme un piège, une disposition qui la supprime, si vous voulez renoncer au régime actuel, dites-le, et que votre système soit examiné dans une grande discussion d'ensemble comme en 1884 où le débat a été large, loyal » (1). C'était vraiment les paroles d'un législateur conscient de ses devoirs. Nous partageons, sans aucune restriction, sa façon de penser : si on veut rayer la séparation de corps de notre législation, qu'on le fasse franchement, par une disposition qui l'attendra directement, mais qu'on laisse ces petits moyens, ces subterfuges qui ne sont pas dignes d'une assemblée légiférante : la suppression pure et simple de la séparation de corps serait, peut-être, une faute politique, mais ce serait une mesure loyale.

A vrai dire, les tenants les plus impatientes de la conversion obligatoire se récrient fort contre notre interpré-

(1) *J. off.* 1895. Débats parlem., Sénat, p. 1066.

tation, et la portée que nous donnons à leur réforme; ils vont répétant que la conversion même obligatoire est respectueuse de la liberté de conscience et qu'elle n'a pas pour effet de supprimer la séparation de corps. Leur argumentation est simple et fort subtile: même après la conversion, disent-ils, l'époux qui résistait à cette conversion, n'est pas divorcé, il reste séparé, il n'est point forcé de se remarier. Ainsi, à les en croire, de ces deux conjoints dont la séparation de corps a été convertie en divorce, l'un serait divorcé et l'autre séparé, et pour appuyer cette dernière affirmation on ajoute que celui-ci n'est point forcé de se remarier.

Nous contestons formellement la valeur de ces deux propositions. Nous disons qu'après la conversion, celui qui avait obtenu la séparation et qui a résisté, sans succès, à la conversion, est, malgré lui, *divorcé*. Le simple bon sens dicte cette solution: il est irrationnel de prétendre que le lien matrimonial peut, tout à la fois, être et n'être pas rompu; le mariage ne peut pas *être et ne pas être*; il y a là deux propositions antinomiques, qui s'excluent l'une l'autre, et entre lesquelles il faut nécessairement choisir; la séparation de corps, le divorce ne peuvent être que bilatéraux, et alors comme le divorce a des effets plus étendus que la séparation, puisqu'il est plus compréhensif, la séparation de corps se trouve totalement absorbée par le divorce.

De plus cette solution est la seule exacte du point de vue juridique: en effet qu'elle est la caractéristique de l'état de

séparation? C'est, malgré la liberté apparente rendue à chacun des époux, l'impossibilité pour eux de contracter un nouveau mariage; or, après la conversion, l'époux qui avait primitivement obtenu la séparation et qui a été défendeur à l'instance en conversion, peut-il contracter un nouveau mariage? Poser la question c'est la résoudre dans le sens de l'affirmative, parce qu'une solution contraire conduirait à décider que le conjoint innocent est privé d'une faculté accordée au conjoint coupable et que cette situation est *définitive*, le conjoint innocent ne pouvant plus intenter une instance en conversion sans se heurter à l'exception de chose jugée. Cette dernière solution serait intolérable et ses conséquences montrent jusqu'à l'évidence qu'elle n'est pas juridique.

On croit trouver un argument favorable à l'idée que l'époux reste bien dans l'état de séparation, dans la non-obligation où il est de se remarier (1); étrange affirmation! la faculté de ne pas se marier est-elle le caractère spécifique de la séparation de corps? Certainement non: nous ne vivons pas sous le régime des lois caducaires, et

(1) A la séance du 7 juin 1884 M. Labiche, rapporteur, disait au Sénat: « Je ne voudrais pas laisser le Sénat sous cette impression que la proposition dont il s'agit [la conversion obligatoire] peut empêcher les catholiques de demander la séparation de corps. Que l'un des conjoints sollicite ou non la conversion de la séparation en divorce, la séparation n'en conservera pas moins son caractère principal à l'égard de l'autre conjoint, *car rien n'obligera ce dernier à user de la faculté de remariage qui résulte du divorce. La dissolution du mariage vaudra divorce pour l'un des deux conjoints, séparation pour l'autre.* » (*J. off.*, 1884

les célibataires, les veufs, comme les époux séparés ne sont pas forcés de se remarier; ceux qui ne sont pas mariés, qu'ils ne l'aient jamais été ou qu'ils ne le soient plus ne sont pas plus obligés de se marier ou de se remarier que ceux qui ont la qualité d'époux séparés; et même pour ces derniers, qui sont encore dans les liens matrimoniaux, l'absence d'un nouveau mariage est non seulement un droit mais un devoir (1).

Nous croyons avoir ainsi démontré qu'après la conversion, l'un et l'autre des deux conjoints sont bien divorcés, et alors toutes les objections que nous faisons valoir contre ce procédé qui consiste à frapper la séparation de corps par derrière, subsistent avec toute leur force et leur portée.

Débats parlem., Sénat, p. 1055). Voilà exposée avec toute clarté la théorie que nous combattons après l'avoir nous-même indiquée en des termes qui n'enlevaient rien à sa force.

La même erreur n'aurait-elle pas aussi été commise par M. le professeur Mabire dans un très intéressant discours prononcé à la rentrée des Facultés de l'Université de Lyon, le 5 novembre 1884, « sur les innovations apportées au Code civil par la loi du 27 juillet 1884 portant rétablissement du divorce », p. 49-57?

(1) L'erreur des partisans de la théorie que nous combattons se révèle dans la terminologie même qu'ils emploient; ils disent que l'époux séparé, après conversion, n'est pas *obligé* de se remarier; ils semblent donc décider implicitement que cet époux *pourrait* se marier, ce qui démontre bien qu'il est divorcé, car la séparation de corps laissant subsister le mariage, le second mariage d'un époux séparé de corps; seulement, serait entaché de bigamie. Il nous paraît que les expressions susvisées trahissent l'arrière-pensée de certains partisans de la conversion obligatoire et ne pourrait-on pas, à bon droit, leur imputer une insincérité qui n'a d'égale que la nocivité de leur réforme.

Substituer la conversion obligatoire c'est donc en définitive, supprimer la séparation de corps, telle qu'elle existe aujourd'hui (1), c'est imposer au conjoint innocent le divorce qu'il répudie. Est-ce équitable? On le soutient. « Je n'admets pas, disait M. Viollette, que l'un des conjoints ait le droit d'imposer sa foi religieuse et les obligations qui peuvent en découler à l'autre conjoint, c'est pourquoi j'élargis la porte du divorce, tout en laissant subsister la séparation de corps » (2). Et en 1896, M. Chovet ne tenait pas un autre langage au Sénat. « Si l'époux, disait-il, dont la conscience répugnera au divorce ne veut pas du divorce, il sera libre évidemment de conserver un célibat perpétuel, mais il ne peut pas lui appartenir de maintenir indéfiniment son conjoint dans cette situation irrégulière (3) ». Dans cette même séance, M. Jules Godin exprimait une opinion identique.

Il est certainement très habile de colorer cette doctrine d'un libéralisme scrupuleux; il y a là un artifice propre à décider plus d'un hésitant; nous sommes, nous aussi, très soucieux de garantir la liberté individuelle et c'est précisément cette préoccupation qui nous fait rejeter cette solution comme odieusement oppressive des croyances du con-

(1) M. Devès l'a dit nettement dans son rapport de 1895: « en fait et en droit, si la conversion est obligatoire dans tous les cas réclamés, c'est interdire par voie oblique,... l'exercice de la demande en séparation de corps, puisqu'elle peut et doit aboutir au divorce et qu'elle n'est plus, à vrai dire, que le divorce lui-même inévitable et anticipé ».

(2) Chambre des députés, séance du 24 janvier 1907.

(3) Sénat, séance du 16 novembre 1896.

joint innocent. Nous croyons avoir surabondamment démontré que, par la conversion, les deux conjoints sont bien divorcés; ce point acquis, la question se ramène à une option ouverte au législateur; il doit nécessairement faire triompher les croyances de l'un des conjoints au mépris des idées professées par l'autre; il n'y a pas à chercher la réalisation d'un équilibre qui ne peut s'établir, ni le terrain d'une transaction qui est impossible; fatalement, la solution qui interviendra sacrifiera les idées de l'un des époux; or, puisqu'il faut nécessairement choisir, les sympathies du législateur ne doivent-elles pas aller à l'époux innocent plutôt qu'à l'époux coupable? Si celui-là réclame une séparation de corps intégrale et celui-ci le divorce, la logique, la morale et l'équité ne commandent-elles pas d'écouter celui qui n'a failli à aucun de ses devoirs? Et cependant la Chambre des députés n'a pas hésité à adopter la solution contraire. Le Parlement a des raisons que nous ne comprenons pas!

Mais si la séparation, en tant qu'institution définitive, stable, est supprimée par le système de la conversion obligatoire, si on en dénature ainsi le sens, n'a-t-elle pas, même ainsi transformée, une utilité sociale? Elle laisse, dit-on, pendant trois ans, la porte ouverte aux réconciliations, à l'amendement du conjoint coupable. A notre avis, ainsi réduite, l'utilité de la séparation de corps est très minime, et si elle suffirait, la conversion obligatoire admise, à maintenir dans notre législation la séparation, il est bien certain qu'elle eût été inefficace à l'y faire introduire. Le

conjoint innocent peut, en effet, avec l'assentiment du conjoint coupable, faire précéder le divorce d'une séparation de fait, organisée à l'amiable; et de plus, ainsi restreinte, la séparation de corps serait pour le conjoint innocent un droit presque semblable à celui accordé aux juges par l'article 246 qui autorise le tribunal à surseoir pendant un délai maximum de six mois au prononcé du jugement de divorce; enfin si le législateur estime que cette épreuve de trois années est utile dans l'intérêt de la famille, il ne devrait pas laisser ce moyen à la discrétion du demandeur, il devrait l'imposer à tous ceux qui veulent divorcer (1).

(1) A cet égard, il est intéressant de rappeler le projet de Boulay, 24 vendémiaire an X, art. 5 : « Les sévices et mauvais traitements, la diffamation publique et toute autre cause dont l'effet continu rendrait impossible la vie commune entre les époux donneront lieu à la séparation de corps et de biens.

« Art. 6. — Quand la séparation aura été prononcée aux termes de l'article précédent, si elle subsiste pendant trois ans sans qu'il y ait eu de rapprochement entre les époux, le divorce sera prononcé sur la demande de celui qui aura obtenu la séparation.»

Le nouveau projet de Code civil suisse permet au juge, quand une réconciliation paraît possible, de prononcer provisoirement la séparation de corps, qui n'est alors qu'un préliminaire du divorce :

« Art. 153. — Le juge est tenu, lorsque la cause du divorce est établie, de prononcer le divorce ou la séparation de corps. Il ne prononcera que la séparation de corps si aucun des époux ne demande le divorce. Lorsqu'une des parties conclut au divorce, la séparation de corps ne sera prononcée que si la réconciliation des époux paraît possible.

« Art. 154. — La séparation de corps est prononcée, soit pour un temps déterminé d'un à trois ans, soit pour une durée indéterminée. Elle cesse de plein droit après l'expiration du délai fixé. Chacun des époux peut, néanmoins, si une réconciliation n'est pas intervenue, intenter l'action en divorce. Chacun des époux a également le droit, lorsque la séparation de corps prononcée pour un temps indéterminé a duré trois ans, et qu'une réconci-

Faire de la séparation de corps une étape vers le divorce, c'est en méconnaître la finalité, c'est la détourner de son but, c'est en violenter l'esprit : la séparation de corps a été organisée pour permettre aux partisans de l'indissolubilité du mariage de se soustraire à une situation de fait devenue intolérable, sans détruire le lien matrimonial.

liation n'est pas intervenue, de provoquer le divorce ou la fin de la séparation.

« Art. 155. — Lorsque le divorce est demandé après l'expiration du temps fixé pour la séparation ou après les trois ans, et que les époux ne se sont pas réconciliés ou que la désunion a persisté dans l'intervalle, le jugement prononcera la dissolution du lien conjugal. »

On retrouve ce même caractère provisoire de la séparation de corps dans l'article 109 du Code général civil d'Autriche ainsi rédigé : « Au cas où il existe une aversion invincible par suite de laquelle les deux conjoints sollicitent la dissolution de leur union, dans ce dernier cas, le divorce ne doit pas être accordé immédiatement ; on tentera auparavant et suivant les circonstances, à plusieurs reprises, une séparation de lit et de table. »

Au Guatemala, le divorce doit être précédé d'une séparation de corps judiciaire, dont la durée minimum est d'un an. Il en est de même au Danemark au cas de divorce par consentement mutuel, la durée de la séparation est fixée à trois années ; la législation norvégienne contient une disposition analogue.

En Hongrie, le juge peut, en cas de demande en divorce pour adultère, sévices ou condamnation, ordonner une séparation de corps temporaire ; dans d'autres cas, cette séparation est obligatoire.

CHAPITRE V

SYSTÈME DE LA PROPOSITION ADOPTÉE PAR LE SÉNAT

LE 23 NOVEMBRE 1896

Section première. — Analyse des travaux préparatoires

Dans sa séance du 22 juillet 1893, la Chambre des députés votait une disposition établissant la conversion obligatoire, qui, transmise au Sénat, y fut l'objet de discussions approfondies.

M. Paul Devès, chargé de la rédaction du rapport (1) analyse les raisons invoquées à la Chambre en faveur de la conversion obligatoire et conclut à leur insuffisance; suivant lui, elles ne justifient pas les dérogations que ce système apporte aux principes supérieurs de l'équité et du droit. Il montre qu'elle constituerait une véritable déloyauté législative en supprimant d'une manière clandestine et oblique la séparation de corps.

Le Sénat fut appelé à délibérer le 10 décembre 1895 (2); M. Régismanset combat les conclusions du rapporteur : il

(1) *J. off.*, 1895. Documents parlem., Sénat. Annexe n° 19, p. 425.

(2) *J. off.*, 1895. Débats parlem., Sénat, p. 1066.

agite le spectre de l'incohérence jurisprudentielle, il s'efforce de démontrer que l'époux coupable ne se fait pas un titre de ses fautes, mais qu'il puise son droit à la conversion dans l'état de séparation qui doit, avec raison, être considéré en quelque sorte comme une quatrième cause de divorce. M. Devès lui répond par les arguments développés dans son rapport; il montre combien est étrange la doctrine qui consiste à dire que certains tribunaux ayant jugé en sens inverse et marqué des tendances opposées, il faut changer la loi elle-même; enfin il insiste sur cette idée que la conversion obligatoire aboutirait à la suppression de la séparation de corps. « Si je parle ainsi, dit-il, c'est pour ne pas permettre qu'une législation qui paraît claire devienne ambiguë et qu'à côté de la proclamation solennelle de la séparation de corps on vienne introduire clandestinement, comme un piège, une disposition qui la supprime.. » Enfin l'honorable rapporteur s'attache à montrer que le système de 1803 était, avec ses restrictions, plus tolérable que celui voté par la Chambre.

M. Godin intervient dans la discussion pour critiquer le système de la conversion facultative organisée en 1884 et il conclut au renvoi à la commission en émettant le vœu de voir reprendre le texte de 1803. M. Lucien Brun juge ce dernier texte insuffisant à sauvegarder les droits légitimes de la femme. M. Thézard cependant propose comme amendement le texte de l'article 310 du Code de 1803. Le renvoi à la commission demandé est prononcé à une forte majorité.

Le 1^{er} juin 1896 M. Devès déposait sur le bureau de la

Chambre un rapport supplémentaire (1) tendant au rejet de l'amendement de M. Thézard et à l'adoption de celui de M. Labiche ainsi conçu : « L'article 310 est complété ainsi qu'il suit : La conversion sera de droit si elle est demandée par l'époux qui a obtenu la séparation ».

La discussion est reprise le 3 juillet 1896 (2) : M. Thézard développe un amendement qui institue la conversion obligatoire avec une tentative de réconciliation préalable et la possibilité pour le tribunal d'ajourner la prononciation du divorce conformément aux dispositions de l'article 246 : la séparation de corps lui paraît une situation impossible à imposer au conjoint même coupable, et la conversion ne peut être laissée à la discrétion des tribunaux ; les garanties organisées par son amendement sont suffisantes pour que la conversion n'ait lieu que si tout espoir de réconciliation est perdu.

La discussion est ajournée jusqu'au 16 novembre 1896 (3) : M. Denormandie déclare que trois années ne sont pas suffisantes pour que le législateur permette le divorce sur un seul signe de l'un des époux : « On ne fonde pas une législation sur le silence ». Puis s'attachant à une argumentation plus subtile qu'exacte il s'efforce de démontrer que la nouvelle disposition aboutirait au divorce par consentement mutuel. En conclusion l'honorable sénateur demande le

(1) *J. off.* 1896. Documents parlem., Sénat. Annexe n° 119, p. 241.

(2) *J. off.*, 1896. Débats parlem., Sénat, p. 629.

(3) *J. off.*, 1896. Débats parlem., Sénat, p. 803.

maintien de l'article 310 tel qu'il est sorti des débats de 1884 avec l'intervention nécessaire des magistrats.

M. Chovet est d'un avis différent: il soutient le texte de la Chambre des députés; pour lui la séparation de corps est bien le divorce des catholiques et dès lors on ne peut l'imposer à un époux même coupable qui ne partage pas les idées de son conjoint. Il affirme que la séparation de corps ne doit pas être considérée comme une pénalité pour l'époux coupable mais comme un mode de délivrance pour l'époux innocent; que celui-ci l'ayant obtenu, satisfaction complète lui a été donnée et qu'il ne peut imposer à son conjoint « cette situation immorale qui n'est ni le célibat, ni le mariage! ». Le mariage est un contrat *sui generis* et dès lors il n'y a pas lieu de lui appliquer les règles ordinaires de la résolution. Le rôle d'enregistrement qui serait celui du tribunal ne choque pas davantage l'orateur, puisque les causes de divorce et les causes de séparation sont les mêmes, le juge n'a, selon lui, plus rien à juger, ni à apprécier. Enfin il montre par quelles combinaisons — dont nous avons d'ailleurs mal saisi l'utilité — l'époux contre lequel la séparation est prononcée n'est pas toujours un époux coupable, et comment un conjoint innocent peut — pour des motifs qui nous échappent — consentir à se laisser condamner au profit d'un époux qui a tous les torts. En manière de conclusion M. Chovet évoque le souvenir « des scandales judiciaires auxquels donne lieu l'application de l'article 310 de 1884 ».

M. Labiche vient soutenir son amendement; cet amende-

ment, adopté par la commission du Sénat *accorde le droit à la conversion aux deux époux* mais *si la conversion est de droit quand elle est demandée par le demandeur, elle reste facultative si elle est sollicitée par le défendeur.*

L'honorable sénateur affirme que l'on peut n'être pas favorable au texte de la Chambre sans être un adversaire du divorce, il montre la faiblesse de l'argument tiré des contradictions de la jurisprudence, il cite des cas concrets où le fonctionnement du pouvoir d'appréciation a eu des conséquences bienfaisantes, il indique que le résultat de la conversion obligatoire serait en réalité la suppression de la séparation de corps, enfin il déclare que dans un esprit de conciliation la commission a, sur son initiative, consenti à accorder le droit absolu d'exiger la conversion à celui au profit de qui la séparation a été obtenue, car les causes de séparation et les causes de divorce étant les mêmes, il est possible de dire au demandeur : ce que vous auriez eu le droit de faire il y a trois ans, il vous est permis de le faire aujourd'hui. Mais on ne saurait aller plus loin sans modifier le caractère de la législation organisée en 1884.

M. Darlan, garde des sceaux, reprend en faveur de la conversion obligatoire des arguments déjà présentés. M. Paul Devès lui réplique avec vigueur et clarté. Enfin M. Jules Godin clôt la série des discours en soutenant que l'article 310, qui laisse toute liberté d'appréciation au tribunal, est contraire aux principes de notre organisation judiciaire et en affirmant que l'on ne peut invoquer les principes du droit commun, en matière de résolution des contrats, que

le mariage est une institution d'Etat, or l'intérêt public n'est pas intéressé au maintien de la séparation de corps qui empêche l'époux coupable de fonder une nouvelle famille; enfin le conjoint innocent ne saurait, par ce moyen, imposer ses convictions religieuses à son conjoint.

Après ces longs débats, qui ont donné lieu à une analyse très approfondie et très loyale du régime de la conversion obligatoire, qui était soumis au Sénat, la Haute Assemblée adopta à une très forte majorité (150 voix contre 87) l'amendement de M. Labiche auquel s'était rallié la commission.

Le 23 novembre 1896 (1) le Sénat adoptait sans débats, en seconde délibération, le texte de cet amendement ainsi conçu : « L'article 310 est complété ainsi qu'il suit : La conversion sera de droit si elle est demandée par l'époux qui a obtenu la séparation. »

Section deuxième. — Examen critique de ce système.

Le système adopté par le Sénat est caractérisé par deux traits :

- 1° Le droit de conversion est accordé aux deux conjoints;
- 2° La conversion est obligatoire ou facultative suivant qu'elle est demandée par le demandeur ou le défendeur.

Il nous reste à l'apprécier.

Nous avons antérieurement développé les considérations de tous ordres qui militaient en faveur d'une conversion

(1) *J. off.*, 1896. Débats parlam., Sénat, p. 835.

complètement facultative et on ne doit pas s'attendre à nous voir rétracter une opinion antérieurement émise, très solidement fondée; cependant nous reconnaissons volontiers que l'amputation que fait subir à la conversion facultative la proposition adoptée par le Sénat est tolérable et peut facilement se justifier.

Cette justification a été présentée le 16 novembre 1896 au Sénat par M. Labiche, à qui revient la paternité de ce système: « Quel est le motif, disait-il, qui a inspiré notre disposition? C'est que celui qui a demandé la séparation aurait pu demander le divorce. *Et il l'aurait obtenu* puisque les motifs qui justifient la séparation sont les mêmes que ceux qui justifient le divorce. Par des considérations de conscience ou par des considérations de famille, peut-être par l'espoir d'une réconciliation, ou pour toutes autres raisons que nous n'avons pas à examiner, entre les deux solutions qui lui étaient offertes, le demandeur a choisi la séparation. Nous pensons qu'il est possible de lui dire : *Ce que vous auriez eu le droit de faire il y a trois ans, il vous est permis de le faire aujourd'hui*; vous pouvez obtenir le divorce pour les mêmes motifs qui ont été jugés suffisants pour justifier la séparation (1) ».

Nous comprenons très bien la pensée qui a guidé le Sénat : il n'a pas voulu que l'option faite par le conjoint innocent pour la séparation de corps le laisse à la discrétion du tribunal quand il lui plairait de demander le

(1) *J. off.*, 1896. Débats parlem., Sénat, p. 809, c. 3.

divorce. La modération, la sagesse dont avait fait preuve cet époux en choisissant de préférence au divorce, qui lui eût été aussi facilement accordé, la séparation de corps qui, par le maintien du lien matrimonial, laisse une possibilité de réconciliation, ne devaient pas se retourner en définitive contre lui, et il fallait décider qu'après un délai de trois ans, il pourrait *exiger* des tribunaux la prononciation de ce divorce qu'il aurait pu obtenir *de plano*.

Nous le répétons, cette argumentation ne choque ni la logique, ni la morale, ni l'équité, mais nous croyons que, grâce au tact de la magistrature, la conversion facultative représente un système plus souple et partant préférable. Il peut se présenter des espèces où l'intérêt de la famille exige le refus de la conversion, même si cette instance est formée par le demandeur; est-il si invraisemblable de penser que celui-ci puisse agir sous une impulsion momentanée de haine ou de colère contre son conjoint dont on lui a rapporté, par exemple, en les dénaturant par inconscience ou par malignité, certains actes ou certains propos? N'est-il pas utile, dans de telles conditions, que les juges puissent maintenir l'époux innocent dans la voie sage qu'il avait spontanément suivie et dont il tend à s'écarter sous l'action de passions fugitives? Et ne serait-ce pas priver la famille d'une garantie efficace de stabilité que d'ôter aux magistrats un droit qui peut utilement suppléer à l'absence de maîtrise chez l'époux innocent? Il convient d'ajouter que les tribunaux qui usent toujours avec beaucoup de mesure de la faculté légale de repousser la con-

version, se montrent encore plus réservés si la conversion est sollicitée par l'époux innocent. Une expérience de près de vingt-cinq années suffit à montrer d'une manière certaine que, dans cette hypothèse, les juges ne refusent la conversion que s'ils estiment que tout espoir de réconciliation n'est pas perdu, et dès lors le législateur ne commet-il pas une faute lourde en enlevant aux magistrats un droit qui peut avoir des conséquences bienfaisantes et dont ils n'ont jamais abusé?

APPENDICE

DROIT COMPARÉ (1)

Ayant conçu cette étude de la conversion de la séparation de corps en divorce comme une étude de législation, il est nécessaire d'indiquer les préférences des législations étrangères en matière de conversion.

Il est à peine besoin de rappeler que la conversion suppose la coexistence de la séparation de corps et du divorce; or, certains pays repoussent la séparation (2) au profit du divorce; ce sont notamment : la Suisse, la Serbie, le Monténégro, la Roumanie, le Japon, certains états nord-américain; d'autres n'admettent que la séparation : le Portugal, l'Italie, l'Espagne, le Mexique, le Pérou, le Chili, la République Argentine, le Brésil, la Bolivie, le Venezuela, la Colombie et l'Uruguay. Ces pays ignorent nécessairement l'institution de la conversion.

Restent donc les pays qui admettent à la fois le divorce et la séparation; certains n'admettent pas la conversion : le droit britannique et celui de la majorité des états nord-

(1) D'après E. Roguin, *Traité de droit civil comparé, Le Mariage*, Paris, F. Pichon, 1904, in-8°, p. 237 et s.

(2) Nous parlons ici de la séparation de corps considérée comme une institution stable.

américains se rangent dans cette catégorie. Mais le plus grand nombre connaissent cette institution; ainsi la Hongrie, la Grèce, la Belgique, le Danemark, la Suède, la Norvège, l'Allemagne, le Guatémala, la République Dominicaine, etc.

Après avoir ainsi déterminé les pays qui connaissent la conversion, il convient d'examiner auquel des systèmes précédemment exposés se rattache leurs législations, aux deux points de vue qui nous intéressent :

1° Qui peut demander la conversion?

2° Quel est le rôle du tribunal?

I. — A ce premier point de vue, les législations se classent en deux catégories : la Belgique se rallie au système primitif du Code civil : le droit de demander la conversion est accordé au défendeur seul; d'autres législations donnent le droit à la conversion aux deux époux : ainsi le code des Pays-Bas, le code de Costa-Rica, la loi hongroise de 1894, la législation grecque, la loi du 2 juin 1897 de la République Dominicaine. D'après le code civil allemand, la séparation de corps n'est prononcée que si les deux parties sont d'accord pour refuser le divorce, et même, la séparation prononcée, chaque conjoint peut, sans être astreint à respecter aucun délai, obtenir la transformation de la « suspension de la vie conjugale » en divorce, par voie de conversion : ce système est organisé par l'article 1576 ainsi rédigé : « S'il a été prononcé sur la séparation, chacun des époux en se basant sur le juge-

ment, peut demander le divorce, à moins que, depuis le prononcé du jugement, la vie commune n'ait été rétablie ».

II. — Quant au rôle du tribunal saisi d'une demande en conversion, la plupart des législations semblent se rallier au système de la conversion *obligatoire* pour le tribunal, ce sont notamment celles de la Belgique, des Pays-Bas, de l'Allemagne et de la République Dominicaine.

CONCLUSION

L'institution de la conversion de la séparation de corps en divorce est très nettement favorable au principe du divorce et donne toute satisfaction à ceux qui luttent pour en obtenir l'élargissement. On concevrait très bien, en effet, une législation qui, considérant la séparation de corps et le divorce comme deux voies parallèles, refuserait au conjoint la possibilité de revenir sur son choix primitif et de demander le divorce après avoir obtenu la séparation; et surtout le principe de la conversion admis, il serait, nous a-t-il semblé, logique et juridique de dénier le droit à la conversion au conjoint coupable, pour ne pas lui permettre d'arriver ainsi par une voie détournée à obtenir le divorce qui lui eût été refusé s'il avait agi directement, par voie principale ou reconventionnelle. Enfin la proposition de loi votée le 27 janvier 1907, en enlevant aux tribunaux le droit d'apprécier souverainement l'opportunité de la conversion, en les obligeant à la prononcer sur la demande de l'un des époux, supprimerait la dernière résistance que le divorce par voie de conversion pouvait rencontrer; elle rayerait, en fait, de notre droit la séparation de corps en tant qu'institution organisée, stable et définitive pour instaurer un système législatif, connaissant le divorce seul avec deux modalités : le divorce immédiat et le divorce à terme.

L'étude de l'institution de la conversion de la séparation de corps en divorce a donc pour fin logique l'examen de la théorie de l'élargissement du divorce (1).

Que la société ait intérêt à ne pas voir la législation du mariage, origine de la famille, devenir le jouet des mouvements éphémères d'opinion, il est presque inutile, suivant nous, d'insister sur ce point; nous croyons à la valeur sociale de la famille et nous pensons avec M. Cheysson que « la famille est la véritable molécule d'un pays. Le peuple n'est pas formé d'individus, mais de familles. Il vaut ce que vaut la famille (2) ». Nous estimons que la famille a une réalité propre, indépendante des individus qui la composent, c'est un être collectif qui a des obligations et des devoirs particuliers. Sans doute au cours des temps la famille a diminué d'étendue, elle ne comprend plus aujourd'hui, en fait (3), que le père, la mère et l'enfant, mais nous pensons que c'est là la limitation extrême au delà de laquelle on ne saurait aller, et ainsi comprise, malgré les nombreuses amputations qu'elle a subies dans sa composition, sous l'influence des transformations économiques et sociales, elle garde une existence propre, elle cons-

(1) Dans cet examen, nous nous placerons à un point de vue purement civil, indépendamment de toute idée confessionnelle.

(2) E. Cheysson, *La famille, l'Association et l'Etat*, p. 27. Voir dans le même sens: Henri Marion, *Leçons de morale*, 1882, p. 299 et s.; Doumer, *Livre de mes fils*, 1906, p. 127 et s.

(3) Au point de vue juridique, la famille est beaucoup plus étendue, ainsi que le prouvent l'obligation alimentaire et le droit de succession.

titue un groupement ayant une vie sienne, et, à notre avis, on ne pourrait la méconnaître sans aller à l'encontre des faits; la filiation est un fait matériel, la famille est fondée sur le lien du sang.

Si la famille est la cellule des sociétés, si l'Etat est un agrégat de familles, il importe donc essentiellement à l'avenir d'une nation de savoir quels principes doivent régir l'institution du mariage qui est l'origine de la famille? C'est alors que surgissent les deux grands principes de l'indissolubilité et la dissolubilité du mariage qui ont tour à tour prévalu en législation. Pour les uns le mariage doit être un lien indestructible, l'unité et l'homogénéité de la famille pouvant seules permettre le développement des vertus domestiques et des vertus civiques. Pour d'autres le mariage doit pouvoir être facilement rompu, car il est inhumain d'enchaîner l'un à l'autre deux êtres qui se déplaisent et il faut leur permettre de chercher dans une autre union le bonheur qu'ils n'ont pu trouver dans un premier mariage et auxquels ils ont droit.

Notre intention n'est point d'énumérer et de peser les mérites respectifs de ces deux théories; sans doute il nous serait facile de montrer les avantages du principe de l'indissolubilité du mariage combiné avec une théorie assouplie des nullités de mariage, mais les tendances actuelles sont nettement opposées à ces idées; cependant s'il faut abandonner, momentanément, l'espoir d'un revirement législatif qui établirait l'indissolubilité du mariage, peut-être y aurait-il lieu de résister aux tentatives qui sont faites

pour introduire une législation plus favorable au divorce et même mener campagne contre les abus d'une jurisprudence qui lui est trop propice.

La thèse de l'élargissement du divorce ou du mariage libre, compte des partisans nombreux et parmi ses propagandistes les plus actifs MM. Paul et Victor Margueritte. C'est surtout dans une pièce récente : *Le Cœur et la Loi* (1), et dans un livre qui a pour titre : *Quelques idées* (2), que ces auteurs ont cherché par des voies différentes à répandre leurs théories dans les différentes classes de la société. Nous dégagerons de leurs œuvres les différentes idées qui nous paraissent constituer la doctrine du mariage libre et que nous nous proposons d'exposer avec toute leur force, nous réservant de les apprécier ensuite. MM. Margueritte prennent d'abord vivement à partie la séparation de corps (3), ils déclarent que « rien n'est plus immoral, cela devrait être rayé de la loi... ce n'est que le mariage relâché. Le foyer est détruit, l'esclavage subsiste... La séparation ne laisse pas le choix... ou l'isolement contre nature, ou — on peut le blâmer, mais il faut l'admettre — toutes les tristesses de l'union clandestine possible... les vengeances du mari, les rigueurs de la loi ! L'enfant naît-il, c'est le désaveu, la honte. Pauvre être adultérin, paria futur ! Comme si une naissance, l'éclosion d'un être à la lumière pouvait jamais être un crime !... Seul le divorce est franc. Il ne fait

(1) *Le Cœur et la Loi*, pièce en trois actes, représentée à l'Odéon le 9 octobre 1905.

(2) *Quelques idées*, Paris, Plon et Nourrit, 1905, in-8°.

(3) *Le Cœur et la Loi*, p. 26.

pas de sentiment hors de propos, pas plus que le couteau du chirurgien. Il coupe et les membres sains peuvent revivre (1) ». Cette critique avait déjà été formulée par certains juristes qui voyaient dans la séparation de corps un état hybride, tenant à la fois du mariage et du célibat sans avoir les avantages de l'un ni de l'autre. La séparation de corps devrait donc être supprimée car elle est insuffisante pour permettre le bonheur des conjoints.

Quant aux enfants leur intérêt serait dans la dissolution du mariage de leurs parents. M. Jules Renard est très affirmatif : « Quel enfant, dès l'âge de raison, ne verrait avec plaisir son père et sa mère se séparer, dût-il, presque orphelin, ne suivre ni l'un ni l'autre, plutôt que d'assister toute sa jeunesse au spectacle stupéfiant d'un ménage de prisonniers ennemis ». MM. Margueritte partagent aussi cet avis : « L'enfant, mot émouvant ! mais l'enfant grandit, se fait une vie à son tour ; l'enfant se marie, l'enfant se détache et s'éloigne. Pourquoi son droit annulerait-il celui des parents, eux aussi ont le droit de vivre. Un droit en vaut l'autre (2).

Le divorce est donc nécessaire au bonheur des époux et des enfants, mais il ne s'agit pas d'un divorce restreint, étroitement réglementé, MM. Margueritte veulent le

(1) C'est un sophisme de prétendre que la séparation de corps crée une situation immorale pour les époux ; cela n'est vrai que pour ceux qui n'ont pas une force de caractère suffisante pour respecter les règles que la loi et la morale exigent de l'époux séparé.

(2) *Quelques idées. Cf. l'enquête rapportée dans cet ouvrage.*

divorce par consentement mutuel, et le divorce par la volonté d'un seul avec cause déterminée ou sans cause déterminée « où la femme sera quittée peut-être, mais où du moins, elle sera libre, livrée à elle-même, à sa faiblesse et à sa force (1) ». C'est en effet une des idées chères aux partisans du mariage libre que de présenter leur théorie comme essentiellement favorable à la femme.

On a cherché à justifier, au point de vue juridique le divorce par consentement mutuel et même par la volonté d'un seul: on était très désireux de couvrir ces réformes qui paraissaient suspectes à beaucoup d'esprits, du pavillon du droit commun; c'est M^e Henri Coulon qui devait présenter la justification juridique du divorce par consentement mutuel. « Le mariage, dit-il, est un contrat formé par deux êtres consentants, le consentement des deux mêmes êtres doit être suffisant pour le rompre » (2). On applique au mariage l'article 1134 du Code civil qui dispose ainsi: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel* ou pour les causes que la loi autorise..... »

MM. Margueritte n'ont pas hésité à chercher une assise légale au divorce par la volonté d'un seul, ils ont invoqué l'article 1780, alinéa 2: « Le louage de services, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté

(1) *Le Cœur et la Loi* p. 163.

(2) *Quelques idées*, p. 143.

d'une des parties contractantes ». Et alors de s'écrier avec indignation: « Comment dans le contrat le moins important vous respectez la liberté individuelle au point de lui réserver toujours possibilité de se reprendre, et dans le contrat le plus élevé, vous lui refusez ce que vous lui avez donné dans le moindre ».

Nous ne pouvons nous rallier à la théorie du mariage libre que nous venons d'exposer et nous nous proposons de montrer les erreurs qui nous la font repousser. Nous déblaierons d'abord le terrain de la discussion des arguments juridiques que nos adversaires ont apportés et qui, d'ailleurs, dans leur pensée, comme dans la nôtre — et c'est probablement le seul point sur lequel nous soyons d'accord — n'ont qu'une valeur secondaire. Cette question du divorce n'est pas une question juridique, c'est avant tout une question sociale. Vouloir justifier le divorce par consentement mutuel en disant que le mariage, étant un contrat, le consentement des parties peut le révoquer comme il lui a donné naissance, c'est une argumentation plus spécieuse que probante. Pour ébranler l'argumentation de M. Coulon il suffit de replacer l'article 1134 qu'il invoque, à la place qu'il occupe dans le Code, c'est-à-dire au livre III, titre 3: *des différentes manières dont s'acquiert la propriété ; des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Cet article 1134 a donc trait aux droits du patrimoine, aux contrats d'ordre pécuniaire, et non au droit de famille régi par le livre I. Et d'ailleurs n'y a-t-il pas d'excellentes raisons pour ne pas appliquer,

pour ne pas étendre au mariage cette disposition qui vise les droits pécuniaires?

M. César-Bru (1) les a clairement indiquées: « Le mariage ne ressemble pas aux autres contrats. Pour les contrats d'ordre purement pécuniaire, il n'est pas toujours vrai que la volonté des parties soit souveraine, il y a une part laissée à la réglementation légale. Mais pour le mariage, cette prédominance de la réglementation légale sur la volonté est certaine : la volonté seule est sans effet, il faut les solennités exigées par la loi, il faut le prononcé de l'union par l'officier de l'état-civil. Ce formalisme n'est pas vide de sens...: il signifie que la société, que la loi, organe de cette société, intervient pour fixer d'abord les conditions de cette union projetée, pour la former ensuite... Si la société est partie au contrat au moment de sa formation, il n'est pas possible qu'elle ne soit pas partie à sa dissolution. Elle doit contrôler celle-ci et ce contrôle n'est possible que si la société connaît les causes de la désunion justificatrices de la dissolution... Le mariage ne ressemble pas aux autres contrats à un autre point de vue encore. On peut supprimer les effets d'un contrat pécuniaire..... Quand le mariage se dissout... ni individuellement, ni socialement, les choses ne peuvent pas être remises en l'état ». Nous ajouterons encore qu'il ne faut pas se méprendre sur le sens de ce terme de contrat appliqué au mariage et qui a été la source de tant d'erreurs, l'histoire

(1) Note insérée dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 232 et s.

lui a donné une signification spéciale; cette expression a été employée dans le droit révolutionnaire en haine de la législation antérieure qui voyait surtout dans le mariage un sacrement (1).

La justification juridique du divorce par la volonté d'un seul des époux, présentée par MM. Margueritte, est encore plus faible. A supposer exacte leur comparaison du mariage et du louage de services, on peut leur faire remarquer qu'il est aujourd'hui de jurisprudence constante que le louage de services ne peut être rompu, *ad nutum*, que la résiliation doit être basée sur un juste motif; or, le divorce par volonté unilatérale c'est la répudiation sans motif ou sans motif que le juge puisse contrôler, ce qui revient au même, et ainsi il se trouve condamné par les principes mêmes qu'il a plu à MM. Margueritte d'invoquer; d'ailleurs y a-t-il vraiment quelque analogie entre le mariage et le louage de services? Nous estimons cette comparaison absolument déplacée; elle ravale le mariage, contrat d'un d'un ordre particulièrement élevé, et nous pensons que le mariage et le louage de services sont, par leur nature et leur finalité, deux institutions radicalement opposées et

(1) Cf. P. Renard, *Le mariage civil est-il un contrat?* Thèse pour le doctorat (Faculté de Droit de Paris, 1901) et notamment p. 27; l'auteur conclut en ces termes : « Si on voulait tirer du mouvement historique une conception précise, il faudrait rejeter en notre matière l'idée et l'expression de contrat. Le mariage, en effet, dans le cours de notre histoire, ne tient du contrat que le nom; il ne fut envisagé comme tel que dans sa formation et ses conditions de validité, et la Révolution en admettant le divorce par consentement mutuel se mit en désaccord avec la tradition de l'ancien droit. »

qui ne doivent pas être régies par les mêmes principes. mêmes principes.

Si, abandonnant le terrain juridique, nous examinons cette question du point de vue moral et social, les conclusions des tenants du mariage libre ne nous paraissent pas davantage péremptoires. Nous croyons qu'un divorce facile amènerait la plus grande perturbation dans les relations conjugales et serait nettement contraire au bonheur de la majorité des époux : M. Saleilles a très bien dégagé l'influence fâcheuse de cette perspective d'une porte de sortie largement ouverte; parlant du divorce purement unilatéral, du divorce par consentement mutuel, et même du divorce pour des causes qui, comme les sévices et injures, laissent la porte ouverte aux dissentiments, à l'incompatibilité d'humeur, il déclare qu'ils influent sur la formation même du mariage; ils créent par avance la virtualité du divorce, « en ce sens qu'il n'est pas douteux que là où l'on voit que la porte est très largement ouverte, on conclut le mariage avec une outrance de légèreté qui devient parfois choquante... Il y a donc là, un dtbut, au moment de la formation du mariage, une influence néfaste, une influence dissolvante, qui se fait sentir sur l'esprit même des futurs époux. A plus forte raison cette influence délétère et mauvaise va-t-elle se faire sentir au cours du mariage, en ce sens qu'au premier dissentiment et à la première difficulté qui s'élève, au lieu de chercher l'apaisement, au lieu de faire les sacrifices nécessaires, sacrifices que l'on accepterait probablement assez facilement si l'on savait que l'on est lié

par un lien un peu plus ferme, on a une tendance, au contraire, à voir, derrière les petites escarmouches qui commencent, la guerre définitive qui, en somme, se terminera par une rupture (1) ». Il y aurait moins d'unions mal assorties, de foyer attristés et divisés par les dissensions domestiques, si les conjoints avaient conscience de la gravité de l'acte de mariage et ils ne peuvent l'avoir que si leur union n'est pas dissoluble au gré de leur fantaisie et de leur caprice ! Et parce que l'on donnera à des conjoints désunis toute facilité pour renouveler au gré de leur inconstance des expériences pareillement malheureuses, parce qu'aussi irréfléchies, pense-t-on travailler à assurer le bonheur des époux en général ? Il faut, pour le moins, que l'acte de mariage ne puisse être déchiré que pour des causes graves, précises, strictement déterminées, et alors il ne sera plus le résultat d'une passion éphémère et fugitive, mais d'une communauté d'idées, de sentiments, éprouvée et reconnue. Avec ce régime, il y aura encore des ménages désunis, et ceux qui auront ainsi fixé leur destinée dans une union malheureuse, ne pourront sans doute pas renouveler une tentative qu'ils espéreraient meilleure, mais si ces infortunes méritent notre pitié, elles ne doivent pas nous faire oublier les résultats acquis, le bonheur ramené au foyer du plus grand nombre et avec cette stabilité dans les rapports familiaux la paix rendue aux esprits.

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1906 (Question n° 12 : Sur l'extension des causes du divorce, discussion, p. 278 et 279).

D'ailleurs, à la considérer de près, cette controverse n'est qu'une des faces de la lutte toujours ouverte entre deux grandes idées, l'individualisme et le collectivisme. Le point d'appui de la théorie du mariage libre, « c'est l'idée de l'individualisme, c'est l'exagération du droit individuel, du droit de la personne humaine, comme le dit très bien M. Larnaude. Il est bien certain que si on se place au seul point de vue du droit de l'individu, si dans l'individu marié on ne voit que la personne humaine, toujours identique à elle-même, maîtresse de ses destinées, « fin en soi », il n'est pas possible de ne pas aboutir au divorce et même au divorce de plus en plus facile, de plus en plus largement ouvert. C'est là qu'est la force des partisans de l'extension du divorce, mais c'est là qu'est aussi leur faiblesse. Nous ne sommes pas ici seulement en présence de l'être individuel, nous sommes en présence de la famille, du groupement familial, de cet être collectif qui est le plus ancien de tous, qui est plus ancien que l'Etat lui-même, et qui, lui aussi, est une « fin en soi », avec des besoins, des intérêts, des droits propres, sans lesquels il ne saurait vivre (1) ». Nous avons donc le droit de réclamer à l'individu, membre de la famille, certains sacrifices nécessaires à son développement (2).

Enfin, nous croyons que MM. Margueritte sacrifient

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1906, p. 197. Cf. aussi rapport de M. Tissier, p. 186.

(2) Appleton (C.-L.), *Leçon d'ouverture du cours de droit civil français. Du mariage devant la loi, la société et la morale*, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, VII, juin 1872, p. 361.

trop facilement les droits de l'enfant; ils posent en principe que les parents peuvent réaliser leur bonheur aux dépens de celui de leurs enfants. Nous ne partageons pas cette opinion égoïste, c'est avec raison que dans la *Maison d'argile* M. Emile Fabre déclarait « que nous n'avons pas que des droits dans la vie, nous avons aussi des devoirs. Et quand on a infligé la vie à un enfant, on est devant lui comme un débiteur devant son créancier (1) ». Nous pensons qu'il faut réduire à leur nombre minimum les divorces, car dans le divorce les enfants sont presque toujours les victimes innocentes des haines et des rancunes de leurs parents; en cas de remariage de l'un des époux divorcés, ils sont contraints de vivre presque en étrangers, à un foyer sans attrait, exposés à l'hostilité sourde du second conjoint, aigri par cette évocation vivante de l'autre union et ce souvenir du premier conjoint.

Il faut restreindre le divorce, il doit être l'ultime remède à des situations inextricables, car, il ne faut l'oublier, le divorce suivi de remariage crée l'irréparable (2): il stabilise une situation que les circonstances pouvaient modifier, il rend définitive et irrévocable une séparation qui pouvait, sous l'action de certains facteurs, n'être que momentanée; il ne permet plus à l'enfant de jouer utilement le rôle de conciliateur, et cependant avec le temps les passions s'apaisent, dans les cœurs germent les regrets et le sentiment d'une jute réparation, et l'enfant peut

(1) *La Maison d'argile*, par Emile Fabre, acte III, sc. I.

(2) *Un divorce*, par Paul Bourget.

souvent espérer, grâce à la sympathie qu'il inspire, aux souvenirs qu'il évoque, reconstruire un foyer simplement ébranlé, et ramener entre ses parents l'affection qui dissipe tous les malentendus. Il ne convient donc pas de briser, sans motifs sérieux, toutes ces espérances. M. Brieux nous a montré dans *le Berceau* la force immanente et irrésistible de l'enfant comme agent de réconciliation; il a repris cette idée dans *la Déserteuse*, et avec *le Dédale*, M. Paul Hervieu a donné à cette thèse l'appui de sa haute autorité.

Si le législateur moderne ne voit plus dans le mariage une union indissoluble, il ne doit cependant pas oublier que, de sa nature, le mariage est indissoluble; M. Alphonse Daudet l'a dit en des termes fort touchants: « L'intégrité du mariage, tout le bonheur serait là.... Se dire en choisissant sa femme : Quand je mourrai, voici l'épaule où j'appuierai ma tête pour dormir, les lèvres qui fermeront mes yeux. Aussi je veux cette épaule très douce, très pure, ces lèvres fraîches et rien que pour moi.... C'est ainsi que j'avais compris le mariage (1) ».

Disons aussi que la théorie du mariage libre, loin d'assurer à la femme le bonheur, lui apporterait d'amères déceptions. Jouet de passions fugitives, reprise et abandonnée, la femme serait la première victime du mariage libre qui serait « la loi du plus fort, la loi de l'homme (2) ».

(1) Daudet (A.), *Rose et Ninette*. Collection Guillaume, Paris, 1891, p. 259 et s.

(2) Tissier, rapport précité in *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1906, p. 186.

Faut-il enfin rappeler l'expérience qui a été faite, de 1792 à 1803, du divorce élargi, et les pétitions dont fut saisi, dès l'an IV, le Conseil des Cinq Cents pour le restreindre et en supprimer les abus scandaleux (1); ne voyait-on pas des femmes divorcer parce que leur mari refusait de les conduire au bal ou ne pouvait plus satisfaire leurs goûts de dépense. On conteste souvent la valeur de l'argument historique; à notre avis, il a, ici, une force particulière, car, depuis un siècle, l'homme n'a pas changé; il est toujours aussi passionné, et une législation qui donnerait libre cours à sa fantaisie et à la mobilité de ses sentiments engendrerait la même licence et les mêmes abus.

L'objet de notre étude nous ayant amené à prendre position dans cette question du divorce, nous avons exposé les raisons qui nous portaient à croire que le divorce devait être restreint et étroitement réglementé. En demandant aux époux le sacrifice éventuel de leur bonheur dans l'intérêt de la famille considérée comme cellule de la société, nous nous trouvons en conformité absolue avec les tendances contemporaines. En matière économique et patrimoniale, le socialisme fait chaque jour des progrès; pour-quoi, quand il s'agit de la famille, se refuserait-on à faire aucun sacrifice pour la collectivité, en proclamant les droits intangibles de l'individu (2)?

(1) Olivier Martin, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire* (1789-1804), thèse pour le doctorat (Faculté de Droit de Paris, 1901).

(2) *Congrès socialiste de Tours*, 1902, Programme.....
Constitution de la famille conformément aux droits individuels.

Il faut résister aux tentatives faites pour introduire une législation du divorce plus bienveillante et combattre les abus d'une jurisprudence trop favorable à cette institution. Il faudrait notamment prohiber la conversion du jugement de séparation de corps en divorce à la requête du conjoint coupable, repousser toute loi tendant à organiser le divorce par consentement mutuel et le divorce par la volonté d'un seul. Il faudrait aussi exiger des tribunaux l'examen attentif de toutes les demandes en divorce, même par défaut. La réalisation pratique de ces desiderata ne heurterait en rien l'opinion publique; nous souhaiterions vivement que le triomphe de ces idées soit le résultat d'une volonté éclairée et réfléchie plutôt que d'une réaction inévitable.

Vu :

LE DOYEN DE LA FACULTÉ, PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

E. CAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer :

Le 12 janvier 1908.

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE.

Président du Conseil de l'Université

JOUBIN.

LYON

IMPRIMERIE A. STORCK ET C^{ie}

Rue de la Méditerranée, 8
